



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**O SISTEMA DE GEOLOCALIZAÇÃO GPS NO PROCESSO PENAL
PORTUGUÊS**

Visão integradora ou atípica no quadro dos meios de obtenção de prova

AUTOR

BRUNO CARVALHO PEREIRA

PROFESSOR ORIENTADOR

PROF. DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES

2016

“Se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos factos, é um acidente feliz encontrar-se com eles; se entende seguir a lógica pura da sua razão é milagre poder compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais; e se quer estar rigorosamente de acordo consigo mesmo, como não cessará de o estar com a realidade?”

Juan Cruet, A vida do Direito a inutilidade das leis

“O único lugar onde o sucesso vem antes do trabalho é no dicionário”

Albert Einstein

Agradecimentos

- Ao Sr. Professor Doutor Paulo Sousa Mendes por me ter aberto as portas para a investigação de uma temática tão controversa e tão aprazível de problematizar. O meu sincero agradecimento.

- À minha eterna segunda mãe Anabela por ser a estupenda mulher, distinta amiga e indescritível pessoa que sempre me apoiou e animou, e que acima de tudo nunca duvidou de mim. A ela devo-lhe muito, um muito que procurarei para sempre retribuir. Muito obrigado Belinha.

- À minha irmã, confidente e amiga Filipa que ganhou um lugar cativo no meu coração por ser uma pessoa cujas qualidades e virtudes me abstenho de elencar sob pena da presente página não ser suficiente. És o meu muro de suporte, o meu poço de força e sem ti ao meu lado a vida deixa de fazer sentido. Não sei como te agradecer, vou tentá-lo fazer todos os dias.

- À minha querida mãe, pai e irmão que fizeram, fazem e farão de mim uma pessoa melhor. Vocês são tudo.

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade cimeira analisar a admissibilidade de dispositivos de geolocalização no ordenamento jurídico actual, numa época em, cada vez mais, as tecnologias e os sistemas de informação fazem parte do discurso jurídico. As rápidas evoluções no mundo da electrónica fixaram o advento de uma sociedade do risco sucumbida pelo receio do indeterminado e do intangível. As pulsões securitárias são hoje uma variável da equação que conforma as vias de combate a um crime que, a par e passo, vai atingindo patamares de complexidade e de organização como nunca antes vistos. Recai sobre o Direito Penal uma desesperada e crente esperança de que este consiga preparar-se e reforçar-se adequadamente no sentido de dar resposta a todo este conjunto de desafios, em crescenda rota de progressão. Neste sentido, tem vindo o legislador penal a ser desafiado a adoptar um posicionamento ofensivo e quase reaccionário, sendo inculcado a procurar novas e arrojadas formas de controlo de um adversário mais preparado, versátil e clandestino. É neste referente que assenta uma visível corrente que postula a adopção de novos meios de investigação. Ora, é no seio deste universo que surge a geolocalização como um importante e útil mecanismo para a investigação criminal. Todavia, e pese embora tratar-se, reconhecidamente, de um meio profícuo, é ainda hoje um instrumento desprovido de consagração legal expressa no ordenamento nacional, à semelhança de muitos outros no eixo europeu. A sua definição e contextualização jurídica constituíram o mote para elaborar este trabalho e nele, problematizar a admissibilidade da sua utilização, almejando, no fim, a consolidação de um desenho típico equilibrado e conforme a axiologia constitucional.

ABSTRACT

This work has as its fundamental goal the analysis of geo tracking mechanisms in accordance with the actual legal system, in a time in which, more and more, technologies and information systems compose the ordinary speech. The rapid evolutions in the world of electronics marked the birth of a risk society embended by a fear of the unknown and intangible. The security dilemma is nowadays a key word essential in the equation that regulates the multiple forms of crime that, step by step, are growing in complexity and organization. Falls under the Penal Right an desperate and believing hope that it can prepare himself properly in order to face this universe of challenges, in a clear and unstoppable progression. Under this premise has the penal legislator being called in order to adopt a more offensive posture, almost reactionary, looking for new and advance forms of power to be ready to face such an adversary, more capable, organized and unknown. It is under this logic that a visible current of importation of new means of investigation takes place. In the middle of this universe appears the electronic tailing as an important and utilitarian mechanism to criminal investigation. Despite its undoubtful proficiency, has still a deficient legal treatment in the national order, likewise most of the countries in Europe. That was the reason why we choose it and tried to find a legal answer that, in the end, would remain balanced and respectful of the constitutional principles.

INDICE

LISTA DE ABREVIATURAS _____	IX
INTRODUÇÃO _____	1
1. O Direito Penal da segurança como pano de fundo de novos meios de investigação no controlo do crime em níveis aceitáveis. _____	6
1.1. A medusa securitária associada aos (novos) riscos da globalização: paradigma da liberdade invertida? _____	6
1.2. «Direito penal do inimigo»: um pequeno recuo para um grande avanço? _____	17
1.3. As revisões penais: dos movimentos cíclicos às indefinições _____	27
2. Processo Penal de Princípios ou de Arbítrio? _____	39
2.1. A reserva de lei como baluarte garantístico na obtenção de prova (a)tarifada _____	45
2.2. A proporcionalidade das normas legais restritivas à luz da axiologia constitucional _____	52
2.3. A reserva judicial como primeiro bastião da legalidade. O MP com um <i>status activus processualis</i> _____	57
2.4. Analogia e atipicidade no quadro dos meios de obtenção de prova _____	60
3. Dimensões técnicas da localização celular e localização por GPS _____	67
4. Geolocalização como meio de obtenção de prova: O caso paradigmático do GPS _____	75
4.1. As visões e antagonismos aparentes dos Tribunais nacionais – criminais e administrativos _____	75
4.1.1 Tribunais Criminais: visão polarizada _____	76
4.1.2 O GPS no direito laboral: perspectivas e posicionamento _____	82
4.2. Os ângulos da dogmática na problematização do recurso a instrumentos de geolocalização como o GPS _____	86
5. Visões de Direito Comparado _____	94
5.1. TEDH _____	94
5.2. Alemanha _____	98
5.3. França _____	102
5.4. Espanha _____	105
5.5. Itália _____	107
5.6. EUA _____	110
6. O GPS como meio de obtenção de prova atípico _____	116

6.1. O art. 189.º n.º 2 e a sua aplicação extensiva ao GPS: possível ou sistemicamente descabida? _____	116
6.2. O GPS como modelo evolutivo da vigilância policial tradicional _____	129
6.3. Via atípica ou positiva de superação? Qual o caminho... _____	132
6.4. Regular não é «policializar»: sistematização processual _____	139
6.5. A utilização do GPS no quadro actual _____	142
7. Sugestões de Direito a constituir _____	143
8. Conclusão _____	146
Referências _____	148

INDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Tipologias de BTS's (Broering, 2010, p. 29).....	67
Figura 2 - Zonas de cobertura das antenas BTS (Broering, 2010, p. 22).....	68
Figura 3 - Análise trigonométrica entre 3 antenas BTS (Cordeiro, 2009, p. 8).....	70
Figura 4 - Quadro comparativo de técnicas de geolocalização (Broening, 2010, p. 86).....	72

LISTA DE ABREVIATURAS

- Ac. – Acórdão
- AJ – Autoridade Judiciária
- Al. – Alínea
- Art. – Artigo
- ASC – *American Supreme Court*
- APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
- APC – Autoridade de Polícia Criminal
- BE – Bloco de Esquerda
- BSC - *Base Station Controller*
- BTS – *Base Transceiver Station*
- Ca – Constituição alemã
- CC – Código Civil
- Ce – Constituição espanhola
- Cf – Constituição francesa
- Cit – Constituição italiana
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Cf. – Conforme
- CGI - *Cell Global Identity*
- CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados
- CPP – Código de Processo Penal
- CPPa- Código de Processo Penal alemão
- CPPe - Código de Processo Penal espanhol
- CPPf - Código de Processo Penal francês
- CCPit - Código de Processo Penal italiano
- CRP – Constituição da República Portuguesa

EDP – Electricidades de Portugal

E.g. – *Exemplo gratia*

Ex. - Exemplo

EUA – Estados Unidos da América

GPS – *Global Position System*

I.e. – Isto é

IMSI - *International Mobile Subscriber Identity*

JIC – Juiz de Instrução Criminal

JN – Jornal de Notícias

LSI – Lei de Segurança Interna

MP – Ministério Público

MS – Mobile Station

N.º - Número

OCS – Órgão de Comunicação Social

OPC – Órgão de Polícia Criminal

OPJ – Observatório Permanente da Justiça Portuguesa

PCP – Partido Comunista Português

PGR – Procuradoria-geral da República

PJ – Polícia Judiciária

PS – Partido Socialista

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

RMRP – Relatório de Monitorização da Reforma Penal

RJAE – Regime Jurídico das Acções Encobertas

SIRP – Sistema de Informações da República Portuguesa

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJe - Supremo Tribunal de Justiça espanhol

TC – Tribunal Constitucional

TCe - Tribunal Constitucional espanhol

TCFa – Tribunal Constitucional Federal alemão

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

Esta exegese tem por âmbito abordar uma questão que casuisticamente é alvo de murmúrio nos meandros da juridicidade mas que, do ponto de vista conceptual, jurídico – doutrinário e jurisprudencial – tem, julgamos nós, um tratamento incipiente e precariamente esclarecedor, designadamente a utilização de aparelhos de localização GPS como instrumento de investigação, *maxime* meio de obtenção de prova no processo penal português.

Inúmeras têm sido as formas de perscrutar este meio de investigação, ora como um mero instrumento de auxílio ao trabalho das entidades materialmente encarregues pela investigação (OPC) na sua actividade de vigilância criminal, ora como uma forma atípica, oculta e enganosa que, destituída de confirmação jurídico-legal, atento o seu escopo compressor de direitos fundamentais deverá, nos termos do quadro jurídico-constitucional vigente, redundar em inoperância e inadmissibilidade. Há ainda quem tente, por via duma integração analógica, adequar a sua utilização ao panorama do regime das escutas telefónicas – art. 187.º a 190.º do CPP – advogando uma especial similitude com o instituto da localização celular previsto *in fine* no n.º 2 do art. 189.º do CPP. Este será, inquestionavelmente, o nódulo central da nossa problematização e que nos ocupará, de sobremaneira, ao longo de toda esta excursão gnosiológica.

O GPS é apenas mais uma de muitas e louváveis descobertas da ciência nesta época pós-moderna onde a tecnologia tem sofrido acentuados e ininterruptos avanços a uma cadência impressionante, sobretudo na área das tecnologias da informação e comunicação onde os fluxos informacionais se movimentam a uma velocidade estonteante. O fenómeno da globalização erigiu aquilo que hodiernamente designamos por sociedade da informação ou sociedade digital em que o todo deixa de ser apenas a soma das suas partes antes, com um recorte gestáltico, um alinhamento geométrico de pura interacção e agregação das partes, cada vez mais auto semelhantes e próximas entre si.

Esta evolução vertiginosa produz necessários efeitos na ordem social, gerando não só benefícios e vantagens mas, outrossim e fatalmente, novos riscos pelo aproveitamento que lhe pode ser dado pela falange da sociedade que se dedica ao crime, fenómeno esse que sociologicamente apodamos de sociedade do risco. Este é o nicho

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

em que se nidifica a passos alarmantes uma sociedade sôfrega de segurança, guiada por uma visão apocalíptica duma realidade social cada vez mais desconstruída, anômica e enferma cujas rédeas estão entregues aos senhores do crime, exigindo-se por parte do Estado uma resposta eficaz e implacável que vise precluir o advento do caos, mesmo que para isso seja necessário abdicar de parte (ou grande parte) da liberdade.

Este é o dilema que com o qual o nosso Estado de Direito se confronta desde há algumas décadas recentes a esta parte, sendo cada vez mais as «mãos» que tentam hastear a bandeira da segurança defraudando o ideário liberal que esteia a nossa sociedade – o primado da liberdade.

É neste campo movediço que se move a ordem jurídica procurando novos equilíbrios, novos realinhamentos e novas formas de preservar os mandamentos fundadores de um Estado de Direito Democrático que se arrisca a sucumbir perante uma certa “palingenesia” (Beccaria, 1998, p. 50) ou vontade anestésica de regredir a um passado pidesco, a um certo Estado Leviathã onde os opositores são tratados como inimigos.

O processo penal como instrumento precípua na materialização dos princípios e referentes jurídico-constitucionais, nomeadamente na protecção sacramental dos valores e direitos fundamentais que fundam a democracia, deve ser o veículo através do qual encontramos o ponto de Arquimedes (Monte, 2010, p. 195), um porto de conciliação e compatibilização entre este mundo de novos perigos controlados, assim preconizamos, e as fundações clássicas dum Estado de Direito Democrático, onde o obelisco é, e será sempre, a dignidade da pessoa humana.

Não esquecer porém uma verdade quase lapalissiana que nos obriga a repensar o processo penal. O crime, é certo, assume actualmente um carácter deslocalizado, epidémico, polimórfico e com níveis de organização que rompem com as constelações clássicas de delinquência. Os seus agentes, cada vez mais dedicados a tempo inteiro a esse «modo de vida» vão aproveitando da melhor forma as vantagens da ciência e da tecnologia em proveito próprio no sentido de criar mais óbices e dificuldades investigatórias às autoridades. Com efeito, e sem prejuízo do cepticismo que rodeia o acolhimento de novas formas persecutórias de investigar, em concreto de meios ocultos de investigação criminal que, de sobremaneira, contenderão mais flagrantemente com direitos fundamentais, também é verdade, e pouco justificável pensamos nós, que o Estado se mantenha estático e algo letárgico à aceitação de novas formas de combate

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

que se impõem e que, se legalmente positivadas e procedimentalmente codificadas, depois de crivadas pelos filtros constitucionais, podem constituir-se como mais-valias no combate a um delimitado espectro criminal – criminalidade organizada e violenta - mais complexo de investigar. Ademais, assaltam-nos dúvidas que estas novas ferramentas tecnológicas, onde o GPS está definitivamente incluído, a serem ordinariamente normativizadas, possam extravasar o nível de insidiosidade e de compressão de direitos que regimes como o das Escutas Telefónicas¹ ou das acções encobertas, pontificados e regulamentados em lei penal adjectiva, permitem no quadro dos meios de obtenção de prova.

Emerge a necessidade clara de reajustamento do processo penal à versatilidade e inovação tecnológica se quisermos estar à altura destes novos desafios², mais do que “ajustar acriticamente [a dogmática penal] às consequências da modernidade” (Rodrigues, 2008, p. 438). A incorporação de novos meios de combate ao crime não tem necessariamente que ser vista como uma massificação ou apetrechamento «bélico» do processo penal rendido a tentações securitárias, antes, e sobretudo, tentar acompanhar o ritmo e dinâmica da sociedade e, ao mesmo tempo, alargar a latitude subsidiária no quadro dos meios de obtenção de prova, evitando que os investigadores criminais o façam ao arpejo das normas e regras processualmente vigentes.

A localização via GPS no âmbito da investigação criminal já deu provas de que poderá constituir uma importante ferramenta de auxílio no âmbito da investigação criminal, sobretudo no estrangeiro onde este é um tema com aprofundamentos mais significativos, quer pela dogmática, quer pela jurisprudência. Existem inclusivamente legislações em ambos os eixos – continental e *common law* – que já prevêm a utilização do GPS como instrumento típico no quadro dos meios de obtenção de prova, havendo inclusivamente institutos próprios para a geolocalização ou localização geodésica. Estes conhecimentos serão trazidos à exegética em curso para que possamos, ou pelo menos tentemos, obter respostas juridicamente proficientes.

No quadro jurídico nacional, e porque, amiúde, são feitas remissões ao quadro das escutas telefónicas, *in fine* o instituto da localização celular, iremos desenvolver a

¹ Onde à partida, entre muitas, se podem incluir subcategorias como as escutas ambientais, microfones direcionais de ampliação de voz, IMEI *catchers*, intercepções de emails, etc.

² Veja-se a título exemplificativo a criação necessária da Lei do Cibercrime por forma a enfrentar (novos) crimes cometidos no mundo ou através do mundo digital.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

nossa perspectiva crítica sobre essa via aparentemente integradora ou analógica abordando, outrossim, assuntos conexos como a aparente assintonia de protecção num regime parificado que nivela, em termos de exigência, as escutas telefónicas *tout court* aos regimes de obtenção de dados de tráfego e outros elementos externos à comunicação (Rodrigues, 2008).

Eis as perguntas que consideraremos à partida e para as quais procuraremos resposta ao longo da presente estudo:

- i. Configurar-se-á a localização GPS uma mera ferramenta de auxílio à vigilância policial tradicional?
- ii. Existe compressão de direitos fundamentais que obrigue a um juízo crítico de ponderação? Que direitos e qual a intensidade?
- iii. Poderá a localização via GPS ser considerada como viável e justificada perante a actual legislação?
- iv. Existem diferenças entre a localização feita por GPS e a localização celular? Na ausência de diferenças, fará sentido incorporar a localização por GPS no quadro das escutas telefónicas ou antes optar-se por uma via autonomizadora?
- v. Haverá necessidade de reacerto na arrumação sistemática do regime das escutas telefónicas?
- vi. Poderá a geolocalização ser utilizada no quadro das medidas cautelares e de polícia?

O quadro de perguntas não é estanque e decerto outras, que não questiúnculas, emergirão à medida que formos aprofundando o tema.

Procurámos centrar o presente estudo numa penetrante recolha dogmática e jurisprudencial nacional e internacional, perscrutando países como Espanha, Itália, França, Alemanha, Inglaterra e EUA, olhando igualmente para as resoluções do TEDH e legislação comunitária.

Acima de tudo é nosso ensejo apresentar um contributo com novas perspectivas e novas visões sobre um tema que tem sido acanhadamente tratado e, julgamos nós, alvo de resoluções redutoras do seu real escopo.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

A justiça não poderá ser procurada a todo o custo mas não está, por isso, interdita à abertura de novos e alternativos horizontes, tanto mais quando eles podem constituir-se como vias subsidiariamente menos compressoras de direitos fundamentais³ pois, só assim, se conceberá o Direito, com efeito *ubi homo ibo societas, ubi societas ibi ius*⁴.

³ Nesta linha argumentativa, numa dimensão negativa, proscrevendo o excesso de garantismo, diz-nos JOÃO CONDE, citado no Ac. do TRL de 24-01-2012, que “a máxima protecção dos direitos fundamentais colocaria barreiras intransponíveis à descoberta da verdade e, em consequência, à realização da justiça, e a busca da verdade a todo o custo eliminaria os mais elementares direitos, conduzindo a uma mistificação da justiça. Este conflito revela-se, em toda a sua amplitude, de forma exponencial, no domínio dos meios de prova e de obtenção da prova”. O OPJ (2009, p. 34) evidencia e sobreleva também esta ideia referindo que “as novas formas de criminalidade e os desafios por elas colocados obrigam, também, a repensar o equilíbrio entre a exigência de garantias e a exigência de eficácia, procurando-se respostas rápidas e eficientes para o crime, que não descurem o respeito pelo valor da dignidade humana e pelos direitos e garantias constitucionais”.

⁴ «Onde está o Homem, há sociedade, onde há sociedade há direito», um Direito *im namen des volkes* (*Bundesverfassungsgericht*) ou *au nom du peuple* (*Cour de Cassation*). Também neste sentido trazemos as palavras de Rodrigues (2003, p. 46), no ramo do processo penal, que nos fala dum Direito voltado para o “rosto humano”.

1. O Direito Penal da segurança como pano de fundo de novos meios de investigação no controlo do crime em níveis aceitáveis.

“Para que haja essa liberdade é necessário que o governo faça de modo que nenhum cidadão possa temer outro cidadão.”

Montesquieu

1.1. A medusa securitária associada aos (novos) riscos da globalização: paradigma da liberdade invertida?

A globalização trouxe-nos riscos multiformes que romperam com a dimensão das sociedades clássicas e com o modelo comum de organização social, tendo muito que ver com o progresso⁵ incontrolado dos sistemas de comunicação. Tem na sua génese uma forte ligação ao espectro económico mas que rapidamente se tornou difuso abarcando e influenciando sectores como a política, a cultura e as tecnologias de uma maneira geral. Este expansionismo desmedido veio esbater fronteiras, até então, bem enraizadas e que, entretanto, se viram invadidas no seu espaço por outras com carácter homogénico. Isto foi patente com a abertura mundial dos mercados ao comércio externos e, bem assim, de forma confluyente, com a constituição de um espaço europeu que permite e incentiva a circulação de pessoas e bens. Ainda que esta “nova desordem mundial” (Maillard, cit. in Rodrigues, 2006, p. 19) não traduza, por si só, uma crise de identidade e muito menos uma perda ou compressão de soberania dos Estados, não deixa de ser verdade que este interaccionismo colossal veio precipitar uma série de mutagenias e alterações profundas nos corações das sociedades⁶.

⁵ Lembre-se Hayek (1983, p. 39) ao referir que “em certo sentido, civilização é progresso e progresso é civilização”, independentemente dos riscos inerentes que o acompanhem, é preciso é encontrar o caminho pois “o homem nunca avança tanto como quando desconhece o caminho” (Hayek, 1983, p. 38).

⁶ Rodrigues (2006, p. 21) diz-nos que é sob o impulso da globalização que “a sociedade redesenha as formas da sua organização [em que] múltiplas redes debuxam os contornos fluidos de uma sociedade multiforme e policêntrica”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Este efeito pandémico abalou de sobremaneira as estruturas governamentais mais frágeis ou menos consolidadas, as quais tiveram mais dificuldade em aplacar os efeitos deste processo que se repercutiu, conseqüentemente, na produção de resultados fracturantes no âmago do sistema social, com sintomas de uma anomia enfraquecedora dos “sistemas informais⁷ de controlo social” (Oliveira, 2006, p. 66).

Este é um ambiente de instabilidade que favorece a expansão e a massificação de condutas criminosas, destacando-se uma liberdade ambulatória quase desgovernada e uma facilidade tremenda de comunicação e troca de informações cada vez mais difícil de rastrear face aos inúmeros veículos de transmissão, com especial enfoque na Internet onde dia após dia se tentacularizam canais de diálogo mais sofisticados e de difícil acesso – e.g. *dark web*, alinhada sobre um processo de credenciação de acessos que inveja muitas agências e serviços secretos de informação – que amparam e alavancam o estabelecimento de relações simbióticas transnacionais entre mercados criminais, mormente na criminalidade especialmente organizada – tráficos de armas, droga e seres humanos, terrorismo, branqueamento de capitais, corrupção, tráfico de influências, burlas informáticas. Esta osmose facilitada viabiliza não só a ubiquidade do fenómeno, cada vez mais sem «casa», como lhe permite mudar de «cara»⁸ e, em alguns casos, nem tê-la.

A liberalização do mercado de capitais, a par do choque tecnológico, constitui hoje os alicerces duma nova (des)ordem social dominada pela instabilidade e receio face ao potencial destruidor desta nova realidade, uma realidade transfigurada que comporta riscos indetermináveis, intangíveis e indomináveis, por serem como diz Hassemer (2004, p. 20) “mais uma sobra que um objecto”. Esta postura claudicante reflecte-se, como alvitra o autor, numa progressiva erosão social que, por sua vez, fragiliza a

⁷ Molina (1994, p. 188) fala-nos duma autêntica “crise de valores tradicionais e familiares” que cria fissuras na coesão social e que conduz ao desenraizamento e desintegração da população.

⁸ O criminólogo Maurice Cusson (2002, p. 221) ilustra distintamente esta ideia ao referir que “à semelhança das cabeças da hidra, a criminalidade renasce constantemente sob novos rostos”. Rodrigues (2006, p. 26) fala-nos do crime com um rosto actual opaco, “invisível [e] gasoso” que define e privilegia a classe dos poderosos pela sua capacidade de desestabilização dos mercados através de vias de branqueamento de capitais ilícitos, sejam eles proventos de crimes de colarinho branco ou de crimes tradicional e fisicamente organizados como o tráfico na sua configuração tripartida – droga, armas e pessoas.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

segurança jurídica e a confiança dos cidadãos na eficácia e operância das normas, designando-o por um processo de “desorientação normativa” (Hassemer, 2004, p. 20).

Este definhamento tende a alastrar-se cada vez mais, erigindo aquilo que a que Beck (2001) designa por sociedade do risco⁹, tendo o autor, no seu estudo sobre esta *world risk society*, fragmentado a mesma em dois níveis: o mundo dos riscos quantificáveis, no qual pensamos e agimos, e o mundo das inseguranças não quantificáveis que estamos a criar e que se avolumam a cada dia que passa. É neste segundo quadro de riscos, mais produto “das nossas decisões” (Ost, 2001, p. 345), que o perigo, objectiva e externamente se verifica ao nível de todas estas transformações. O cidadão entra numa espécie de histerismo permanente receando a incerteza e indeterminabilidade do futuro, um futuro que se auspicia, numa visão mais dantesca¹⁰, condenado a uma autofagia degenerativa que só o Estado poderá evitar. A desconfiança e o cepticismo ao redor de tudo e de todos passa a estar latente na cabeça da maioria, onde “o estado de urgência tende a tornar-se o estado normal” (Ost, 2001, p. 347), um sufoco que se traduz em pânico, em desorientação, em intranquilidade normativa, enfim, num clima que transpira insegurança e que enevoa “a estrela polar” (Agra, 2008, p. 16) dos fins-fundadores do Estado, do sistema de valores fundamentais de matriz liberal que, por sua vez, dá lugar a um Estado securitário ou securizante, promovido por uma agudização das “necessidades de controlo e [d]os instrumentos de repressão (...) [visando] uma antecipação do controlo” (Hassemer, 2004, p. 20).

Este é, sem dúvida, um meio duplamente propício à expansão do crime, numa forma objectiva, pelo apetrechamento técnico e pela facilidade com que este, hodiernamente, se pode «movimentar» e camuflar no tecido social sem ser detectado, e, numa óptica subjectiva, pela postergação contínua dos controlos informais de repressão social, por via de um entorpecimento da população que se desresponsabilizou de

⁹ Dias (2001, p. 158) define a sociedade do risco como “uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada, e global, onde a acção humana, a mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos, também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos, em tempo e lugar, largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”.

¹⁰ Rock (1997, p. 239) profetiza a vinda “de um novo apocalipse, onde a anomia floresce massivamente, provocando a dissolução das sociedades para o estado caótico e anárquico”.

responder às disrupções e anomias do sistema¹¹. Caminhamos cada vez mais para a materialização de um “Estado-providência, responsável [único] pela segurança [dos cidadãos], (...) [onde estes surgem] como meros «consumidores», passivos e apáticos” (Oliveira, 2006, p. 65). O crime alimenta-se, com efeito, deste estado para evoluir mas, mais do que o crime em si, o que de forma mais acentuada aflige a população é o medo do crime, esta dimensão subjectiva que enroupa grande parte deste sentimento viral de insegurança¹².

Assistimos destarte a uma decadência progressiva das políticas sociais que cede à constituição de um direito especialmente fundamental à segurança, a uma liberdade individual relativizada e leiloadada¹³, a troco dum terrorismo securitário centrado na perigosidade e com laivos retributivos que nos fazem lembrar a lei de talião, sintomática do Código de Hamurabi. Com isto, inverte-se a matriz subsidiária do Direito Penal, que agora se vê convocado a intervir em zonas da vida social que extravasam o seu escopo de protecção dos direitos e bens jurídicos fundamentais, necessários à sã convivência em sociedade (Rodrigues, 2006). Auspicia-se um progresso do retrocesso, com a substituição de um direito penal liberal por um “direito penal da vontade, (...) [direccionado] como medida apenas para as energias anti-sociais da vontade” (Beccaria, 1998, p. 37). Esta é a nova penologia, virada para um Estado reforçado no seu *instrumentarium* punitivo que tende a coisificar o cidadão e a vê-lo como uma ameaça, fidelizando-se outrossim à “magna carta do delinquente” (Rodrigues, 2006, p. 29), dando-se primazia à “paixão da ordem” em detrimento da “paixão da liberdade”

¹¹ Também Rodrigues (2006, p. 34), em igual sentido, nos fala dum “declínio do sector social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal, (...) [de] «mais Estado» para encobrir e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da protecção social”.

¹² O estabelecimento de uma relação de causa-efeito entre o crime e a insegurança é por muitos considerada uma autêntica falácia - *vide* Roché (1993) e Wilson e Kelling (2005), estes últimos amplamente conhecidos pela sua teoria do *broken windows* e a relação das incivilidades com o sentimento de insegurança – ou seja, que embora se admita um crescendo do sentimento de insegurança face a um aumento absoluto das taxas criminais, em sentido inverso essa relação padece de uma causalidade verificável (Ditton & Farral, 2000)

¹³ Relembrem-se as sábias e intemporais palavras de Rousseau (2001, p. 17) que afirma que a renúncia “à liberdade é renunciar à própria condição de homem e é arrebatá-la toda a moralidade às suas ações e bem assim subtrair toda a liberdade à sua vontade”.

(Wieacker, cit. in Andrade, 1991, p. 30), desnivelando-se, com efeito, o binómio Estado-cidadão. Este é um caminho perigoso que continuando a ser trilhado poderá desembocar num ponto sem retorno onde a liberdade, como a conhecemos, não será mais do que uma mera recordação lançada aos ventos dum Estado muralhado por filões securitários empedernidos. A liberdade¹⁴ é, como a conhecemos, condição essencial para a manutenção da nossa dignidade e pré requisito para sermos reconhecidos enquanto tal, como verdadeiros e autónomos sujeitos jurídicos (Hegel, 1990) e, convém recordar, “quase sem tocar no corpo, a guilhotina suprime a vida, tal como a prisão suprime a liberdade, ou uma multa tira os bens” (Foucault, 1999, p. 16), também a segurança cega nos pode despojar da nossa essência.

Mas até onde irá este aparente anacronismo¹⁵ de sobrelevar a segurança em detrimento da liberdade¹⁶, quando esta última é “o «oxigénio» da vida democrática, [e] a segurança, um bem acessório, um dos «órgãos dos sentidos» da orgânica social” (Agra, 2008, p. 16)?¹⁷ Sem liberdade não conseguimos viver mas também é verdade que

¹⁴ Temerosos, devemos ser, quando o discurso deixar de ser o da liberdade e passar a ser o discurso das liberdades. Hayek (1983, p. 15) diz-nos isso mesmo, fazendo a ponte dicotómica entre a liberdade e a escravidão, “a diferença entre liberdade e liberdades é a mesma que existe entre uma condição na qual é permitido tudo o que não seja proibido por normas gerais e outra, na qual é proibido tudo que não seja explicitamente permitido”. Chegados aqui a liberdade não passará dum conceito vazio.

¹⁵ Moura (2005, p. 39) fala-nos mesmo duma transversalidade deste anacronismo, dum verdadeiro “movimento pendular entre garantismo e eficientismo na configuração [actual] dos processos penais europeus”.

¹⁶ Esta liberdade não é ilimitada, “não é a liberdade pura e simples mas a liberdade como meio de prossecução e segurança do processo democrático (...) [onde] a socialidade (...) [é cada vez mais] um elemento constitutivo da liberdade e não como limite externo da mesma” (Canotilho, 1983, p. 441).

¹⁷ Também Rodrigues (2006, p. 43) inscreve este espaço de dúvida ao referir que “é dilemático e, ao mesmo tempo, simples: como podemos defender-nos, sem correr o risco de uma política securitária, que atinge o próprio núcleo da democracia?”. A mesma autora fala-nos dum paradoxo de exigência que recai hoje sobre o Direito Penal, numa realidade que insta a que aquele seja ao mesmo tempo um «ordenamento de liberdade» e um «ordenamento de segurança», que “limita os poderes do Estado em nome da protecção dos direitos dos cidadãos, e que amplie os poderes do Estado também em nome da protecção dos cidadãos” (Rodrigues, 2002, p. 550). É de intuir uma aparente impossibilidade de coexistência destes dois papéis mas, acreditamos nós, ser possível de conciliar, caso a ampliação dos instrumentos de combate ao crime não traduza uma ampliação dos poderes do Estado em matéria de

uma liberdade sem segurança redundará numa libertinagem desmedida, num caos insustentável, enfim, num devaneio selvático onde as razões de Estado¹⁸, de vida em colectividade se esfumam. Deve-se procurar, como Hassemer (2004, p. 18) afirma, “uma liberdade em segurança (...) [onde] a segurança da liberdade é o Direito Penal”.

Percebe-se que o crime tenha uma relação especial com a insegurança quando assistimos a episódios marcantes, a verdadeiras manifestações de perfídia e terror, como o ataque às torres gémeas em Nova Iorque, o ataque à estação ferroviária espanhola de Atocha, o ataque ao metropolitano de Londres ou, mais recentemente, o ataque à sede do jornal Charlie Hebdo em Paris. O impacto global destes acontecimentos, e muitos outros poderiam ser enumerados¹⁹, é inquestionável e personifica um flagrante ataque à humanidade sentido por quem se rege pelo ideário democrático, como se de um verdadeiro soco no estômago se tratasse. É portanto algo compreensível que ocorra uma certa “inflamação de direitos” (Rodriguez, 2001, p. 266) que a população reclame um reforço do arsenal repressor, dum Estado bélico legiferantemente capaz de dar uma resposta implacável na repressão e, sobretudo, na prevenção e aniquilação deste tipo de ameaças²⁰.

perseguição, (i.e., que os princípios jurídico-constitucionais reguladores deste quadro – proporcionalidade, subsidiariedade, adequação, necessidade, ponderação, *inter alia*) – não sejam depauperados e abandonados à deriva securitária.

¹⁸ Agra (2008, p. 17) apoiando-se numa famosa obra de um autor francês Philippe Robert, «O crime, o cidadão e o Estado», fala-nos dum fenómeno de autêntica desregulação da segurança, decisiva para o divórcio contraído entre a população e o Estado francês. O crescente sentimento de insegurança, catapultado, *grosso modo*, pelo medo do crime, e o enraizamento de uma política social de *laissez faire*, foram capitais nesta cisão. O mesmo autor preconiza para Portugal o mesmo destino face a um conjunto de condições favoráveis, designadamente nos níveis de insegurança que, segundo ele, são ainda maiores no nosso país.

¹⁹ Falamos por exemplo de inúmeras decapitações públicas levadas a cabo por facções radicais e fundamentalistas do médio oriente, de execuções de terror promovidas pelo Imperador norte-coreano assentes em razões fúteis e inatendíveis, de genocídios puros que são promovidos no continente africano, veja-se por exemplo o recente ataque terrorista a uma universidade no Quênia (<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/numero-de-mortos-em-ataque-terrorista-no-quenia-sobe-para-147/>), ou então, *inter alia*, o ataque terrorista à maratona de Boston em 2013.

²⁰ Assiste-se a uma multiplicação europeia das políticas de prevenção da criminalidade, em específico do fenómeno de criminalidade organizada, *in fine*, do terrorismo como seu expoente máximo. Neste

O medo densifica-se e passa a fazer parte integrante da vida de populações constituídas por cidadãos cada vez mais “dependentes, impotentes e medrosos” (Agra, 2008, p. 19) onde “o medo do crime e guerra ao crime são o verso e o reverso duma sociedade que se sente ameaçada de sucumbir” (Andrade, 2009, p. 19).

É sobre esta ideia que se edifica uma ideologia neo-liberal, alimentada “pelos individualismos egoístas, pela lógica efficientista da ponderação custos-benefícios e um discurso repressivo e securitário de combate ao crime”, (Rodrigues, 2006, p. 43) que se alia intimamente a uma concepção de “insegurança má”²¹, nos dizeres de Agra, (2008, p. 17) ou totalitária, que serve a opressão e imola os direitos, liberdades e garantias fundamentais da nossa Constituição.

Esta visão neo-garantista, radicada na variável insegurança, vai muito para além de uma visão peregrina de que o crime, *tout court*, é a razão exclusiva para esta mudança diametral a que temos assistido. Mais do que o crime em si, o que sobressai é o populismo e a propaganda em torno deste tema, o que adensa a visão negativa com que, subjectivamente, olhamos para o fenómeno.

Todos os dias somos infestados por pilhas de notícias que lhe vão conferindo, cada vez mais, o estatuto de monstro, ao invés de olharmos para ele como um fenómeno natural, que decorre da vivência e dinâmica entre pares, em colectividade. A atribuição de um carácter parasitário ao crime, como algo que queremos ver erradicado, semelhante a um arquirrival, favorece o endurecimento cego das políticas de repressão como se estas representassem o antídoto para o problema.

É utópico pensar que o crime, alguma vez, será contido hermeticamente quando ele “não se circunscreve fora da sociedade, pois é seu filho” (Valente, 2005, p. 24)²².

sentido veja-se um trabalho europeu do EU Fórum consultável em http://efus.eu/files/fileadmin/efus/pdf/fr_pub_justy.pdf, onde estão compiladas sumariamente as medidas assimiladas por muitos países europeus nesta matéria.

²¹ O autor (2006, p. 16) faz uma distinção conceptual entre insegurança má ou totalitária e insegurança boa ou democrática, esta última, capaz de assumir e compreender o risco, agindo sobre ele sem a avidez própria do securitarismo e, acima de tudo, agindo segundo uma lógica de intervencionismo proporcional junto do reduto dos direitos fundamentais.

²² Neste sentido nos fala Beccaria (1998, p. 154) ao firmar a ideia de que “não é possível reduzir a turbulenta actividade dos homens a uma ordem geométrica sem irregularidade e confusão”. É ao mesmo tempo a beleza e maldição de vivermos em numa unidade dinâmica onde a colisão de

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Pensar o contrário é assumir uma ruptura civilizacional em que as sociedades, como as conhecemos, passam a meras memórias. Sociedades perfeitas apenas existem no nosso subconsciente ou na arte cinematográfica e, até essas, acabam por definharem. A obrigação do Estado é, com efeito, manter o crime, e tudo o que está directa ou indirectamente ligado a ele, em níveis equilibrados que permitam uma sã convivência em sociedade.

Mas, dúvidas não subsistem, que existe um virar de costas cada vez mais acentuado entre o Estado e os cidadãos, sôfregos de segurança, a exigir a implementação de medidas que façam regredir um sentimento de insegurança, cada vez mais recrudescido, com tendência a cristalizar nos grandes centros urbanos²³, onde o conceito de *defensible space* e a procura de bolhas de segurança é mais patente. O resultado deste fenómeno é incrivelmente fracturante, beneficiando aquilo a que designamos de homogeneização fractal, que se define pela delimitação nítida de zonas de integração e zona de exclusão, estas últimas, associadas a um processo de *ghettização* ou segregação de *underclasses*, que são colocadas à margem da teia social. Sobre elas é colocado um rótulo de marginalidade e ociosidade que as matiza como zonas quentes, inseguras e preferenciais à prática criminosa e à fixação de indivíduos predispostos à mesma.

Estas zonas passam a ser catalogadas como zonas de risco²⁴, verdadeiras pústulas a serem lancetadas, muito graças ao empolamento mediático que os OCS lhes conferem, dando-lhes uma primazia sensacionalista que alimenta a repulsa e aversão junto da restante comunidade, gerando, em concomitância, níveis elevados de insegurança. Aliás, recai sobre os OCS uma grande fatia de responsabilidade no que tange à forma distorcida e abominável com que se olha actualmente para o fenómeno

consciências é fatal, onde os vários “eu[s] socia[is]” (Neves, 1995, p. 168 e ss.) ou “seres imperfeitos” (Dias, 2009, p. 688), peças dum complexo poliedro, interagem, realizam e projetam as suas emoções livremente sobre o mundo.

²³ Atenda-se por exemplo a um inquérito de vitimação levado a cabo pela APAV na zona da grande Lisboa onde 56% das pessoas assinalaram sentirem-se inseguras durante o período nocturno (Seabra, 2005). Em contraponto, inquéritos de segurança nacionais levados a cabo nos anos 1992, 1994 e 2000, vieram apresentar um cenário menos assustador com taxas de 26%, 19% e 27%, respectivamente (Seabra, 2005).

²⁴ Veja-se o exemplo da imprensa britânica que no ano 2000 utilizou o termo ‘risco’ 18.003 vezes, uma escala gigantesca face ao valor de 2.037 registado no ano de 1994 (Furedi, 2003).

criminal, não fossem eles veículos especiais na transmissão e divulgação de informação, tendente à “formação de imagens mentais” (Esteves, 1991, p. 36). Cultiva-se desta forma o medo, “transformando algumas situações potencialmente mais problemáticas em [verdadeiras] questões de sobrevivência (Neves, 2005, p. 244). Este diapasão é, amiúde, perversamente utilizado pelo poder político, que numa óptica de aproveitamento, não só acolhe, como que acentua esta dimensão negativa, numa clara tentativa de aproveitamento simpático da sua pulsão mediática²⁵, tendo em vista a perpetuação de uma certa hegemonia securitária que lhe confere, com efeito, a preferência eleitoral das massas. Destarte, é através desta manipulação, daquilo que Rodrigues (2006, p. 28) apoda de “medo colectivo difuso” que, invariavelmente, se promovem e perpetuam políticas securitárias, conducentes a um endurecimento do Direito Penal, onde o bloqueio dos direitos fundamentais tende a ser cada vez mais inoperante.

Sinal disso é a título exemplificativo a proliferação de medidas de controlo panóptico, onde ressalta o CCTV, que nos faz lembrar o modelo foucaultiano de controlo social, de imposição dum Estado “condutor de condutas” (Hindess, 1996, p. 142) e disciplinador da alma. Não é tanto este, cremos nós, o sustentáculo teórico a que obedece a implementação deste tipo de sistemas, da promoção de assimetrias de poder com laivos de tecnocracia e submissão entre Estado e cidadão, antes o direccionamento preventivo e selectivo desta inovação tecnológica sobre o espaço mais preocupante sob o ponto de vista do crime e da insegurança.

O nódulo fixador é, inquestionavelmente, o da prevenção²⁶ e, conseqüentemente, aumento do risco para o ofensor e não um afrontável “reformismo individual” (Shearing

²⁵ Recordem-se neste âmbito as sábias palavras de Beccaria (1998, p. 125) asseverando que “a voz de um filósofo é demasiado débil perante os tumultos e gritos de todos aqueles que são guiados pelo cego hábito, mas os poucos sábios que estão dispersos pela face da terra far-me-ão eco no fundo do seu coração”. Alerta-nos implicitamente para a facilidade com que podemos ceder às pressões maioritárias e aos purismos do momento em detrimento duma racionalidade, equilíbrio e ponderação de espírito que devem subjazer às decisões em matéria de direitos humanos, pugnando claramente por uma linha humanista ao invés de determinista ou eficientista.

²⁶ E neste âmbito a prevenção pode assumir vários rostos ainda que todos tenham um denominador comum, encurtar o filtro de oportunidades para o crime ocorrer.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

1. Em primeira linha a conhecida prevenção situacional que tem que ver mais com a reordenação do espaço de forma a que este se torne menos atractivo à prática delitiva. Neste âmbito a pedra de toque é o ambiente como factor limitador do crime, um palco onde o Direito Penal não tem intervenção.

2. Em segunda linha surgem as conhecidas medidas de polícia que estão integradas sobretudo no panorama de segurança interna, previstas sobretudo na LSI e alguma legislação extravagante (e.g. Regime Jurídico de Armas e Munições, vulgo Lei das Armas), mas com fortes raízes processuais penais, havendo amiúde uma mistura conceitual entre estas e as medidas cautelares e de polícia previstas no CPP. O controlo preventivo do crime é um imperativo constitucional fixado pelo n.º 3 do art. 272.º e que a polícia prossegue através de acções de vigilância, fiscalização, controlos aleatórios, saturação, interdição em zonas consideradas *hot spots* ou potencialmente de risco – estabelecimentos, estações e gares, zonas comerciais, bairros degradados. Neste quadro são não raras vezes desenvolvidas medidas para penais, que contêm igualmente com direitos fundamentais, como a identificação de indivíduos suspeitos (art. 28, n.º 1 al. a) da LSI e art. 250.º do CPP), revistas e buscas direccionadas para a apreensão de armas ou droga (art. 29.º al a) da LSI e art. 174.º do CPP) ou a apreensão temporárias de bens/substâncias perigosas (art. 29.º al. b) da LSI), interdição de entrada em recintos ou transportes públicos (art. 28.º n.º 1 al. b), entre outras. Relembrar todavia que a intervenção neste quadro não se faz num plano de arbitrariedade ou pura discricionariedade, mantendo-se fortemente aplicável o princípio de actuação vinculada que obriga a que todas estas acções obedeçam igualmente a critérios de legalidade, adequação, exigibilidade e proporcionalidade dado que estamos no campo das restrições de direitos. Algumas destas acções – autos de identificação de suspeitos, conduções às esquadras para revistas cautelares - são inclusivamente sindicadas pelo MP numa óptica de controlo posterior de legalidade. Lembrar neste âmbito um tipo de operações especiais de prevenção criminal direccionadas para as armas – *vide* art. 1.º da Lei 5/2006, de 23/02, revista pela última vez pela Lei 50/2013, de 24/07 – em que se passa a ideia que o MP passa um cheque em branco para que se procedam a buscas e revistas de forma discricionária à revelia dos pressupostos legitimadores estabelecidos pelo CPP no seu art. 174.º. Não é assim, os requisitos não são em momento algum esbatidos pela especialidade da acção, mantendo-se a regra da suspeita fundada como requisito essencial.

3. Por fim, as acções de prevenção avançada ou, nas palavras do TCFA de 27-07-2005, citado por Andrade (2009, p. 131), de “providência para a investigação” que é um género de pré-investigação onde se procede à colheita de informações e elementos indiciários sobre uma suposta actividade criminal que serão a jusante, possivelmente, reaproveitados no processo de investigação. São cada vez mais habituais estas ditas «investigações preliminares» (veja-se o exemplo das acções preventivas desenvolvidas no âmbito da Lei 36/94, de 29/09 epigrafado como «Medidas de combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira», com previsão no seu art. 1.º), assentes numa óptica de *vetting*, de despiste da verosimilhança de determinada notícia criminal ou de confirmação de um certo perigo que é depois, se confirmado, orientada para o processo penal *tout court*. Neste sentido fala Pereira (2008, p.

& Stenning, 2000, p. 417) imposto por “um laboratório de poder”, (Foucault, 1977, p. 204) orientado por critérios de perigosidade.

Não é tanto a aplicação, excepcional e criteriosa, que nos cria pruridos e receios, do ponto de vista dos direitos fundamentais e das liberdades individuais das pessoas que ocupam os espaços, - não esquecendo o nível suplantador de efeitos positivos nos casos estudados em Portugal²⁷ -, mas antes, a crível e preconizável vulgarização do sistema, multiplicando-se as intenções e vozes a reclamar localmente a sua implementação, denotando-se, invariavelmente, uma adesão das entidades locais, assente em questões de popularidade²⁸ e não de necessidade efectiva.

O nosso receio é que, à semelhança de Inglaterra, exemplo mais paradigmático do uso abusivo desta medida²⁹, passemos a ser inundados por cidades *big-brother*³⁰, onde todos

195) recenseando-as como “informações prospectivas instrumentais da investigação criminal”. Andrade (2009, p. 132) mostra-se algo céptico quanto ao transporte e integração automática destas informações à luz dos princípios penal, algo desforrados, e também do quadro das proibições (de valoração) de prova. O mesmo autor (Andrade, 2009a, p. 530) fala-nos numa certa “tendência para a homogeneização de categorias e de discurso e a fusão de horizonte político-criminal e axiológico”, alertando para um quadro perturbador perante a possibilidade desta tendência se alastrar ao campo dos serviços de informação.

²⁷ No nosso trabalho “O controlo panóptico do CCTV em zonas de risco” (Pereira, 2012), que visou aferir do impacto desta medidas nos centros urbanos de Lisboa, Porto e Coimbra, foi possível verificar uma mudança abissal no peso negativo que a insegurança tinha e passou a ter com a implementação dos sistemas CCTV nas zonas de cobertura. Exceptuando-se Coimbra em que apenas 50% da amostra revelou sentir-se mais segura com o CCTV, as restantes amostras foram quase unânimes em apontar nesse sentido.

²⁸ A competitividade estabelecida entre autarquias funciona igualmente como catapulta à adopção de sistemas CCTV sem planeamento prévio, antes uma resposta radicada no factor popularidade, um verdadeiro “símbolo do sucesso do município” (Sutton & Wilson, 2004, p. 316).

²⁹ A autora Ladeira (2006, p.360) firma bem esta ideia ao prescrever que “a noção de que o CCTV é uma panaceia, é difundida por interesses políticos e sem base em análises apropriadas” que, não raras vezes, ao invés de benéficas, vêm a traduzir-se altamente prejudiciais por compelirem outras medidas alternativas, de forma indirecta, expatriando-as para o esquecimento, “em particular, medidas de carácter social” (Wilson & Sutton, 2003, p.3). Mais um resquício da prevalência do Estado-segurança sobre o Estado-social.

³⁰ Só a cidade de Londres possui mais de 500 sistemas CCTV instalados em áreas públicas (Norris, McChahill & Wood, 2004). Retenha-se no entanto que foi graças a este sistema que foi possível

os nossos passos passam a ser controlados sem espaço para manifestações de privacidade, arrogando-se dum argumento, simplista e reduccionista, de que a privacidade no domínio público é a que menos protecção merece e que a mesma terá necessariamente que ceder face a um bem «manifestamente superior»: a segurança da colectividade. Mas sobre isto falaremos mais à frente.

1.2. «Direito penal do inimigo»: um pequeno recuo para um grande avanço?

Já percebemos que a variável que mais contribui para esta mudança de panorama é ditada pela palavra insegurança. Este é, inquestionavelmente, o tronco comum alicerçado e alimentado por múltiplas raízes de naturezas e ‘riscos’ distintos, sendo o crime e o medo do crime, especialmente este último, os que mais contribuem para a sua virilidade. Pede-se então ao Direito Penal que seja a solução para um problema que é pluridimensional e que envolve uma série de variáveis que extravasam o seu campo de acção, como se fosse uma panaceia³¹ que tudo resolve, por via da supressão da liberdade ou antes, apoiando-nos nas palavras de Valente (2005, p. 286), de um “securitarismo desorientado”.

O Direito Penal é acima de tudo um direito que preserva e protege a liberdade e que se regula por princípios democráticos fundamentais onde a perseguição tirânica e a prevenção pelo terror ou pela ameaça não têm lugar, um direito para o cidadão, relembramos³². Ao Direito Penal deverá caber, como Hassemer (2004, p. 22) refere, um

desvendar o crime hediondo ocorrido no metro de Londres. A eficácia da ferramenta é inquestionável, o que é preciso é limitá-la dentro de critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade.

³¹ Atente-se às palavras de Palma (2004, p. 53) que alerta para o facto de olharmos para o Processo Penal “como puro instrumento de combate à criminalidade [ao invés] de aprender a analisar os modos sociais de controlar os problemas da criminalidade, com os meios de um estudo interdisciplinar e através de uma política social global”. A intervenção deverá ser sincrética não devendo haver uma preponderância ou exclusividade do Direito Penal num problema com dimensões onde aquele, sozinho, não consegue chegar.

³² Recordemos as palavras de alerta de Beccaria (1998, p. 155) ao referir que “os homens escravos são mais voluptuosos, mais libertinos, mais cruéis do que os homens livres”, opondo-se com efeito à via da tirania, tecnocracia e submissão.

plano de intervenção excepcional, de subsidiariedade ou de “*ultima ratio*” quando outros se manifestem insuficientes e incapazes de resolver o problema. Não se pode pedir ao direito penal que aja sobre questões de solidariedade e regulação social, de reestruturação e renovação do território tendo por base corolários de prevenção situacional, de intervenção comunitária renovadora e reforçadora de referentes de normalidade e normatividade social, entre outros³³. Estender o chapéu-de-chuva do Direito Penal seria desde logo uma afronta à teoria do bem jurídico³⁴ e aos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade. Recordado Roxin (cit. in Dias, 2006, p. 199; Palma, 1996) “o direito penal só protege uma parte dos bens jurídicos (princípio da subsidiariedade) e que essa proteção por vezes não é global ou geral mas apenas se justifica a sua intervenção perante formas de ataque concretas (princípio da fragmentariedade)”. De outra forma arriscar-nos-emos a perverter o seu núcleo fundamental, dando crédito àqueles, mais incautos, que prescrevem “a utilização da arma penal como instrumento modelador de comportamentos social, moral e religiosamente considerados desviantes” (Matta, 2005, p. 25), arriscando-nos a uma degeneração completa dos seus fundamentos teleológicos e jurídico-constitucionais³⁵.

Mas isto não significa que devemos abrir os olhos para aquilo que são novas dimensões³⁶ e novas constelações de direitos, fruto desta propagação e expansão tecnológica, sobretudo na área dos sistemas de telecomunicação e informação. Abriram-se, portanto, as fronteiras a áreas do desconhecido, cujos riscos nos forçam a repensar o

³³ Não queremos com isto dizer que o Direito Penal, *in fine* o Processo Penal como sua face instrumental, não tenha um importante papel na contenção do alarme social, tem-no sim desempenhando aquilo que Palma (2004, p. 42) refere como “papel positivo de estabilização das reacções sociais ao crime (...) estabelecendo uma via positiva para a catarse e a futura reinserção social” do arguido. O Direito Penal é com efeito um referente de auto-regulação social, um dos mais importantes sem dúvida atente às dimensões preventivas que subjazem a aplicação das penas, mas que reparte com outros a dura tarefa de tentar manter o equilíbrio homeostático da sociedade. Neste sentido, recordando as palavras de Welzel (1969, p. 6), ao Direito Penal cabe acima de tudo “fortalecer o juízo ético e a consciência jurídica dos cidadãos”.

³⁴ Neste sentido, de forma muito desenvolvida, Schünemann (2005).

³⁵ A autora Palma (2011, p. 72) apoiada nas visões filosóficas de Hegel e Kant aponta-nos o Direito como “um mínimo instrumental de um máximo cultural – a realização de cada um como pessoa na plenitude das condições do seu tempo histórico”.

³⁶ Andrade (2009, p. 113) refere-se a elas como “novas dimensões da personalidade”.

mundo dos direitos, um *upgrade*, utilizando uma codificação própria da informática, ou, nas palavras de Andrade (2009, p. 149) “desvelar e dar nome a dimensões até então veladas e inominadas de direitos já consagrados e estabilizados”.

Imagine-se, por exemplo, o direito à privacidade ou à autodeterminação informacional à luz destas gigantescas modificações. Imagine-se a facilidade com que, actualmente, se acede a dados pessoais, da mais variadíssima natureza, face a um dimensionamento atroz da nossa exposição pública, deixando rasto nas câmaras do centro comercial, no multibanco do nosso cabeleireiro, num grupo de conversação no qual fomos adicionados através de um amigo/conhecido do *Facebook* e sobre o qual esquecemos de restringir a informação relativa à nossa localização, no hospital onde fomos a uma consulta e foram registados informações sobre o nosso quadro clínico, ou numa esquadra da polícia onde fomos fazer uma denúncia, enfim, num sem número de novas dimensões da realidade que eram, até à data, completamente desconhecidas. A informação pessoal deixou de estar compactada, para hoje se estender difusamente pelos mais diversos espectros da sociedade. Seguindo este alinhamento, veio também a fazer sentido, e é essa a tendência a que temos assistido, a proliferação de bens jurídicos colectivos ou supra individuais em áreas como o ambiente, a informática ou o mercado de capitais onde a “referência antropocêntrica [própria e distintiva dos bens jurídicos individuais passou a ser] mediata por o interesse em causa dizer respeito a interesses difusos da colectividade” (Conceição, 2009, p. 244), e.g. o crime de branqueamento de capitais³⁷, a sabotagem informática ou a poluição.

Hassemer (2004) fala-nos também, a par das anteriores, dum alastramento de crimes de perigo abstracto no Direito Penal moderno, centradas pois no conceito

³⁷ Neste âmbito destacar a aprovação recente da lei que prevê a criminalização do enriquecimento injustificado e que levanta dúvidas de fundo quanto à sua constitucionalidade, destacando-se uma aparente inversão do ónus da prova que no processo penal é inadmissível como sabemos, cabendo ele, em exclusivo, ao Estado. Talvez um regime sancionatório contraordenacional, no quadro fiscal, fosse o melhor caminho a enveredar, solução que foi aliás inculcada pelas bancadas parlamentares do PS, BE e PCP. Ademais, é também alvo de reparo a falta de densificação do bem jurídico que é justificada, de sobremaneira, pelo seu carácter difuso, não sendo, à primeira vista, apreensíveis pelos destinatários da norma penal. Mas, atente ao que referimos sobre este assunto, não nos parece que possa constituir-se como um óbice desde que mantenha uma referência antropocêntrica mediata. *Vide* notícia publicada no JN: http://www.jn.pt/PaginalInicial/Nacional/Interior.aspx?content_id=4596136&page=-1.

paradigmático de perigo, ampliando-se o seu raio de intervenção a acções que, abstractamente, podem perigar certos bens jurídicos, como é o caso da burla para a obtenção de subvenções. Estes tipos incriminadores são, normalmente, mais fáceis de demonstrar, por terem construções típicas mais enxutas, não havendo muito a provar, para além da demonstração da acção algo que já não acontece, por exemplo, para o crime de burla, sendo este um exemplo típico de um crime de resultado com uma dimensão corpórea, subjectiva e objectiva, bem mais intrincada.

Enfrentamos neste “mundo em permanente ebulição” (Loureiro, p. 288) um conjunto global de novos desafios e novos riscos, alguns deles ainda pouco determináveis e compreendidos na sua extensão, mas que nos têm levado a uma certa deriva e afunilamento securitário, resultado do encrostamento de um clima de insegurança assente sobretudo no medo de sermos afrontados na nossa esfera individual.

Este medo latente é aquele que tem sugerido e reivindicado uma revolução copernicana no direito penal (Dias, 2000), uma mudança do seu paradigma, querendo-o, numa óptica efficientista, habilitado e reforçado para digladiar-se, de igual para igual, com um crime globalmente mais complexo, mais organizado, mais técnico e mais lesivo dos nossos direitos fundamentais, abdicando para isso, se preciso for, de parte das liberdades individuais. Esta ideia chega a constituir-se como um contra senso, algo verdadeiramente paradoxal, face a uma historicidade recente onde a liberdade foi estandarte à fundação dos ideários democráticos, tal qual os conhecemos hodiernamente.

O medo nunca foi bom conselheiro por induzir uma “ânsia de esmagamento” (Alves, 2008, p. 228), para o absolutismo, para as antípodas e nunca para uma resolução equilibrada e harmoniosa. Querer um Direito Penal que limite ao máximo a nossa essência ontológica é privar “o homem do uso dos seus sentidos” (Beccaria, 1998, p. 154), é inócuza-lo, esvaziar-lhe a alma, enfim, coisificá-lo. Numa sociedade humanizada e humanizante “o homem é de facto a medida e a razão de ser das coisas, o que nunca pode ser esquecido, mesmo quando a tensão ameaça a razão” (Alves, 2008, p. 229)³⁸. Abdicar da confirmação axiológica onto-antropológica que constitui o

³⁸ A cedência ao medo e aos tumultos é na voz de Beccaria (1998, p. 154) “a quimera dos homens de espírito limitado, quando têm o poder nas mãos”. Este medo conduz-nos a um estado vegetativo em

esqueleto da nossa Constituição, e na qual repousa toda a matéria penal, é promover um Direito Penal do inimigo onde o Homem deixa de ser “Homem-pessoa” (Rodrigues, 2006, p. 47) ou o Homem-cidadão e passa a ser Homem-objecto ou não-pessoa.

A utilização deste conceito é quase um cliché no mundo da discussão jurídica e pode ser assumido quase como uma reencarnação dos ideários totalitários onde os opositores ao regime, neste caso, aqueles que se comportam de “forma hostil ao Direito” (Dias, 2009, p. 690), são expurgados e excluídos, tratados como verdadeiros inimigos. O Direito Penal será, pois, a ponta da lança no combate a estes inimigos, com poderes reforçados, onde a letalidade é palavra de ordem.

O pai deste conceito é o famigerado Günter Jakobs (2003) e o mesmo assenta numa ideia primacial “de que quem se coloca fora do direito não oferecendo a «segurança cognitiva suficiente» de um comportamento como pessoa, não acede ao direito de ser tratado como pessoa” (Lúcio, 2009, p. 144) e tratá-lo como tal seria colocar a segurança dos demais (das pessoas) em causa, firmando, ademais, a irrecuperabilidade deste em motivar-se pelas normas, pelo que, será inevitável a sua exclusão da malha social. Estes indigentes nem a catalogação de perigosos merecem, sempre manteriam um mínimo de dignidade que o próprio Jakobs não lhes atribui. O autor, inclusivamente, esteia a sua teoria ancorando-se em referências do Direito como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant (Jakobs, 2003, p. 27 e ss.) que faziam a distinção entre pessoa e inimigo, este último o delinquente.

Relembre-se, todavia, as palavras de Kant (1960, p. 76) ao mencionar que “ ter uma dignidade significa ter um valor em si mesmo, estar acima de todo o preço, não ser susceptível de troca ou transacção”, pelo que, é de induzir que o referido autor considera a dignidade humana, já na sua época, um valor que não tem preço e que, em momento algum, poderá ser arrancada do sujeito.

Esta visão apocalíptica que apregoa uma espécie de “pacto com o diabo” (Silva, 2005, p. 397), tem subjacente a ela uma ideia de purificação dos «pecaminosos», possibilitando a esta uma via aberta onde o direito é como que arredado do processo, tornando-se este um verdadeiro “procedimento de guerra (...) [onde] o inimigo não é

que deixamos de ser capazes de promover a nossa auto-protecção passando essa tarefa para o Estado, que se irá alimentar capitalmente do medo destas almas perdidas e dependentes para prosseguir um via despotista. Esta é a ideia de Montesquieu, o despotismo alimenta-se do medo, ele é a sua centelha.

um sujeito de direito³⁹, mas sim, um objecto de coacção⁴⁰” (Conceição, 2009, p. 259) sem “expectativas contrafacticas” (Dias, 2009, p. 689) de direito e de personalidade.

Alteram-se os conceitos e onde estava a culpa passa a estar o perigo enquanto que a pena é substituída pela prevenção desse perigo, e como é que ela é prosseguida, através da neutralização do inimigo. Jakobs não integra nesse universo todo o tipo de indivíduos que violam bens jurídicos penais, apenas aqueles que são, na sua maioria, mais relevantes, sendo que a sua violação acarreta e impele, segundo uma equação muito simplista, um comportamento que se intui cronicamente contrário ao Direito. Simplista é também o argumentário, como seria de esperar, para a aplicação daquilo que o autor denomina de “Direito de excepção” (Dias, 2009, p. 691) aos tais inimigos e, bem assim, o porquê de determinados crimes para além daqueles que expectavelmente serviriam como carta de alforria para um tratamento contrário à ordem jurídico-constitucional. É pois, severamente, criticado pela sua lógica, algo retórica, de inevitabilidade que, ao mesmo tempo, exaure a lógica sistémico-funcionalista que subjaz à Constituição⁴¹ e, mais palpavelmente, ao processo penal induzindo aquilo a que Dias (2009, p. 693) apoda de “uma espécie larvar de positivismo ideológico”, havendo nesta mundividência homens de primeira e outros que nem de segunda são.

A lógica distorcida que norteia a arregimentação deste direito de excepção, hermeticamente contido segundo Jakobs, sem risco de contaminação à restante ordem jurídica, assenta numa espécie de estado de necessidade preventivo ou securitário (Dias, 2009) que visa neutralizar fontes de perigo ou “personificações de perigo” (Conceição, 2009, p. 259), mesmo que esse perigo não se verifique concretizado, sendo mais um perigo etéreo justificante de uma intervenção de não direito onde o esteio dos direitos de defesa é completamente dilacerado. Não só o ónus da prova é invertido, como passa

³⁹ Canotilho (1983, p. 509) classifica-o como “um integrismo autoritário”.

⁴⁰ Hayek (1983, p. 17) fala-nos exactamente da atribuição desta prerrogativa ao Estado com o fim de “proteger as esferas privadas conhecidas contra a interferência de outras pessoas e, também, se forem delimitadas essas esferas privadas, não por designação específica, mas pela criação de condições nas quais o indivíduo pode determinar sua própria esfera”. A coerção poderá assim ser maléfica se anular o “ indivíduo enquanto ser que pensa e avalia, fazendo dele um mero instrumento dos fins de outrem”.

⁴¹ Flagrante e insustentável seria a violação de um dos princípios mais sagrados que a nossa Constituição e uma série de outros tratados internacionais consagram, o princípio da igualdade, neste caso a “igualdade perante todos os actos do poder público” (Canotilho, 1983, p. 297).

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

taxativamente a ser inexistente, e com ele, em catadupa, todos os direitos imanentes que a Constituição, explícita ou implicitamente, prevê – *inter alia*, direito ao silêncio, direito à não auto-incriminação coercitiva, direito a causídico. Este seria um direito *hoc sensu*, que na impressão do seu criador, coabitaria harmoniosamente com o restante quadro jurídico, tal qual o conhecemos.

Ora, depois do desenho feito, esperaríamos que não fosse mais do que um rascunho mal conseguido com destino traçado e completamente inaplicável na nossa mundividência actual. No entanto, pasme-se quando a dita ilha existe e muitas outras poderão seguir-lhe o infeliz exemplo. Referimo-nos à famigerada ilha de Guantánamo onde estão aprisionados «inimigos» maioritariamente com ligações a células terroristas e que foram detidos e encarcerados pelas chamadas *military commissions*⁴² nos termos do *Military Order* n.º 1 de 13 de Novembro de 2001 em condições muito dúbias quanto às garantias e fundamentos jurídico-processuais que estiveram subjacentes à decisão. Este último articulado, juntamente com o USA *Patriotic Act* de 24 de Outubro de 2001, criados logo após o ataque terrorista às torres gémeas de 11 de Setembro de 2001, constituem-se como dois documentos fiéis na sua génese ao ideário de Jakobs, ainda que branqueado por certos recortes de humanismo e respeito pela dignidade das «pessoas». Veja-se por exemplo as al. b) e d) da secção 3 - «*Detention Authority of the Secretary of Defense*» - que prevê um tratamento humano e o respeito pela liberdade e culto religioso⁴³. Pese embora estes sintomatismos de um ideário democratizado sejam inquestionáveis, é de convir que dúvidas e cepticismo haverá quando o processo de decisão é todo ele gerido pelo executivo, desprovido de jurisdicionalidade, na pessoa do

⁴² Lembra-nos os velhos tempos de vigência dos Tribunais Militares em Portugal que foram extintos com a revisão constitucional de 2003 passando apenas a poder constituir-se, excepcionalmente, em «situações de guerra» nos termos da Lei 100/2003, de 15 de Novembro. Continuam a ser encabeçados por altas chefias militares, desenroutados de veste judicial, e competentes para julgar crimes de guerra ou de natureza militar – *vide* antigo Código de Justiça Militar, Dec-Lei 141/77, de 9 de Abril.

⁴³ Não obstante a previsão encaramos o seu fiel respeito com algum cepticismo pela reserva de confidencialidade e secretismo que obnubila um real conhecimento sobre o tipo de tratamento que estes presos têm naquela ilha. Sem prejuízo da avaliação subjectiva que possamos fazer veja-se por exemplo o seguinte testemunho, publicado no Diário de Notícias, sobre um cidadão com ligações à Al-Qaeda que esteve preso em Guantánamo e que terá sido torturado e obrigado a comer no período do Ramadão: http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=4598711&page=-1.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Secretário de Estado da Defesa, um claro cenário de exceção que afronta e posterga o princípio de separação e interdependência de poderes. Mais a mais, nos termos do USA *Patriotic Act*⁴⁴, às agências federais⁴⁵, com poderes policiais ou de *intelligence*⁴⁶, é-lhes

⁴⁴ A título de curiosidade a própria designação do diploma encerra em si um ideia de defesa contra actos que colocam em causa a pátria americana, a sua sobrevivência.

⁴⁵ Trazer o exemplo também da experiência alemã que em 25 de Dezembro de 2008 criou a Lei de Defesa contra os perigos do terrorismo internacional, atribuindo uma série de prerrogativas e instrumentos operacionais à Polícia Judiciária Federal para a “defesa contra os perigos do terrorismo internacional e de prevenção de crimes graves (...) [entre eles] meios de vigilância das telecomunicações (...) [e] intervenção encoberta em sistemas informáticos (a chamada busca *on-line*)” (Roggal, 2010, p. 120).

⁴⁶ A atribuição de poderes puros de investigação criminal a serviços de inteligência é ainda hoje um nódulo de extrema controvérsia, sobretudo em Portugal onde tem existido uma declarada oposição e consequente bloqueio à partilha deste tipo de poderes a entidades marginais ao processo penal. Relembre-se um celeuma recente que envolveu o ex vice-director do Serviço de Informações Estratégicas de Defesa acusado de ter escutado ilegalmente um jornalista do Público e escuda-se numa prática que, embora *contra legem*, consta no manual das «secretas» - *vide* <http://www.ionline.pt/266945>. Sobre este assunto veja-se por exemplo Lopes (2005) que à semelhança de Pereira (2008) defende a concessão de poderes típicos do processo penal aos serviço de informações, sem extravasarem porém a barreira da intervenção jurisdicional, alvitando para isso a criação de uma comissão de juízes da qual dependeria a autorização para a ingerências nas telecomunicações, missões encobertas onde se integram acções de espionagem e contra-espionagem e eventual parecer sobre o levantamento do segredo de Estado. A missão dos serviços de informação, embora distinta da investigação criminal, não lhe é assim tão distante, aliás, muitas das suas acções, senão todas, visam a prevenção de acções que prefiguram crimes, normalmente violentos, muitos danosos e atentatórios da nossa soberania. Talvez se deva repensar mesmo esta questão sob pena de teorificarmos os serviços de informações reduzindo os seus agentes de informações a meros analistas de fontes abertas. A missão destes serviços é inquestionavelmente vital sendo que para isso é preciso dotá-los de instrumentos que permitam prosseguir a sua missão com proficiência, bastando para isso a criação de um regime que regule e delimite de forma esclarecedora as suas acções, respeitando, claro está, o princípio da reserva de lei depois da sua conformação jus-constitucional. Ademais, recentemente o governo manifestou a intenção de franquear o acesso do SIRP e seus agentes a bases de dados fiscais, bancárias e de telecomunicações, estas últimas com acesso restrito a metadados (dados da comunicação – dados de tráfego e localização celular nos termos legais actualmente em vigor), sem acesso ao conteúdo portanto, ficando de criar uma comissão de sindicância prévia constituída por magistrados judiciais. *Vide* notícia do JN de 04-06-2015

atribuído um cheque em branco para a utilização de todo o tipo de ferramentas que possam auxiliar na monitorização e investigação de células terroristas, desde instrumentos clássicos como as escutas telefónicas, acções infiltradas e as buscas, utilizando tecnologia avançada, o uso de reconhecimento facial aliado a uma cobertura massiva do CCTV, o uso de satélites e de aparelhos de ultra percepção, microfones direcionais, *spywares*⁴⁷, clonagem de aparelhos de telecomunicações, medidores de massa e densidade, análise genética, entre outros, alguns deles, decerto mantidos no oculto da confidencialidade. Mais do que o apetrechamento massivo destes organismos o que salta à vista é a inexistência parcial ou quase total de sindicância jurisdicional, sendo a maioria destas acções desenvolvidas à revelia de quem as devia, legalmente, apreciar, decidir e supervisionar, ficando apenas sujeitas ao controlo do poder governamental, do executivo.

Não é possível, nem compaginável, um direito eclético, desta natureza, que prevê normas ordinárias e normas de emergência, estas últimas com uma lógica securitária⁴⁸ que esvazia, para além do admissível, o reduto de direitos fundamentais que a pessoa, enquanto cidadã, tem direito. Lembrem-se as palavras de Roxin (2001, p. 469) que afirma não ser possível “aprender a viver em liberdade respeitando a lei através da supressão da liberdade”.

http://www.jn.pt/PaginalInicial/Justica/Interior.aspx?content_id=4607217&page=1. Sobre esta questão Roxin (2009) que fala do aproveitamento dado às informações coligidas pelos serviços de informação no processo penal.

⁴⁷ Entendidos como agentes infiltrados do mundo digital.

⁴⁸ E não se diga que o argumento aventado por Rousseau (cit. in Dias, 2009, p. 697), com a devida adaptação aos tempos de hoje, que “em caso de ameaça à subsistência da comunidade, cada cidadão tem o dever de sacrificar, cedendo, se necessário a própria vida, como contrapartida da protecção aos direitos e liberdades que dela recebe”. Os cidadãos não têm que abdicar daquilo que é seu por nascença, sendo a compressão da sua liberdade justificada face à necessidade de a compatibilizar com as liberdades dos demais e também, de forma proporcional, quando questões de perseguição penal e outras prevaleçam, sem contudo afrontar o núcleo essencial dos seus direitos. Neste sentido parafraseamos Silva (2005, p. 400) ao referir firmemente que “ os direitos fundamentais, direitos humanos ou direitos naturais, são direitos morais, exigências éticas e direitos que os seres humanos têm pelo facto de serem humanos e, portanto, com um direito igual ao ser reconhecimento, protecção e garantia por parte do poder político e do Direito”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Por muito hediondos que os crimes possam ser, e independentemente do grau de perigo que colima o indivíduo, este terá que ser sempre tratado como pessoa e nunca como objecto, sendo que a lógica do Direito, máxime Direito Penal *latu sensu*, nunca se subordinará a lógicas de eficácia e neutralidade, a lógica será sempre a da liberdade e da dignidade, só assim se atingirá a verdadeira Justiça⁴⁹.

Independentemente da necessidade de afinamento, aperfeiçoamento e inclusão de meios de perseguição penal, eles terão sempre que obedecer a critérios axiológicos jurídico-constitucionais e jurídico-processuais, pelo que este alinhamento adversarial, que a corrente securitária inculca, terá que ser substituída por um alinhamento de proporcionalidade e subsidiariedade.

Seguimos o mesmo referente quando toca à criação de novos tipos penais sem que seja cogitada uma variável essencial ao elemento constituído, referimo-nos ao critério do dano social, esse sim o critério legitimador da protecção penal de determinados bens jurídicos⁵⁰. O dano deve ser concretizável e nunca etéreo, merecedor de tutela por contender com bens sociais imprescindíveis à vivência em comunidade⁵¹.

Não pode o Direito Penal ser utilizado, nas palavras de Cusson (2002, p. 98), como “um instrumento de dominação”, ele desempenha acima de tudo uma função reguladora e disciplinadora dos comportamentos humanos almejando, *ad finem*, que os cidadãos se revejam e motivem pelas normas. Este não será pois o caminho a trilhar.

⁴⁹ A liberdade é condição essencial num Estado democrático-constitucional que se reclama de uma legitimidade material e processual para agir. Os actos estaduais não podem assim assentar nem “em legitimidades transcendentais ou ontológicas nem com um qualquer processo arbitrário ou ditatorial de decisão” (Canotilho, 1983, p. 31). A legitimidade do Direito Penal, sendo inquestionavelmente o filho varão do Direito Constitucional, deve procurar na liberdade, na dignidade e na transparência dos princípios a razão de e forma de procurar a verdadeira Justiça.

⁵⁰ Veja-se Andrade (1991, p. 48) que se refere à danosidade social como “um elemento constitutivo do conceito material de crime”. O autor alemão Eser (1998, p. 33) frisa bem a necessidade de aliarmos à axiologia jurídico-constitucional “uma definição pré-jurídica de lesividade social através da qual se haveriam de determinar os critérios materiais decisivos” dos crimes.

⁵¹ O autor Dias (2009, p. 694) ao debruçar-se sobre esta questão fala-nos numa “actual proliferação de crimes de risco desvinculados de qualquer lógica de ofensividade e previsibilidade”. Um mau augúrio daquilo que poderá ainda advir caso este alinhamento ganhe lastro.

1.3. As revisões penais: dos movimentos cíclicos às indefinições

Iniciaremos agora com uma frase de Dias (2003, p. 1124) onde o autor refere que se torna “indispensável pois, neste tempo pós-moderno, uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política”. Tudo isto é verdade mas andamos nisto há mais de 20 anos e as reformas são cíclicas e, curiosa e estranhamente, com “enxertos de oportunidade” (Sousa, 2006, p. 266) sobre uma aparente «manta de relhados» onde a estabilidade pretendida tarda a aparecer. É verdade que a volatilidade e dinâmica incrível com que a realidade se transfigura, evoluindo e regredindo em todas as direcções, deixando nas mãos do legislador uma verdadeira “tarefa de Sísifo [no sentido de] simplificar, agilizar, [adaptar] e humanizar o processo e ao mesmo tempo garantir o respeito pela lei penal” (Cunha, 2009, p. 380).

Mas isso não significa que não possamos conferir alicerces à estrutura penal deixando, apenas, o telhado sujeito às periódicas renovações e ajustes que têm que suceder por força da motricidade dos tempos. Para isso, é preciso que o processo legislativo seja feito com a mestria e justeza devidas, suportada por uma parametrização constitucional, conquanto de outro modo continuaremos a viver “sem tecto, em ruínas” (Andrade, 2009, p. 25).

O Direito Penal, à semelhança dos outros ramos do direito, deve assumir uma componente multidisciplinar abrindo as portas ao conhecimento que outras áreas do conhecimento que estuda, entre outras, a tecnicidade tecnológica, a evolução social e política e a intertextualidade da linguagem e comportamento humano, pois, é nesta definição simbiótica de pontes de contacto “entre o Direito e as outras compreensões da realidade que se alarga a própria visão jurídica do mundo, como uma meio de produzir a partir da multiplicidade de sentidos da realidade, sentidos de justiças mais abrangentes” (Palma, 2006, p.7)⁵².

⁵² Neste sentido a autora Vidal (1997, p. 34) condena a intervenção dos Tribunais “sem articulação interinstitucional e interdisciplinar (...) [não sendo estes a panacea que vai resolver por si só todos os problemas”. De facto o Direito não pode substituir-se a outras áreas temáticas de correção social devendo apenas intervir quando aja efetiva, real e vital necessidade de intervir face aos perigos que daí defluem para a liberdade da pessoa sob pena de estender os seus desígnios a domínios encabeçados sistemicamente noutros instrumentos de controlo social.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Como afirma de forma certa Andrade (2005, p. 216), referindo-se ao processo penal, “todos dizem que é preciso alterar, mas ninguém diz, com rigor, ou segurança, em que sentido”⁵³, esquecendo-se juízos de prognose e estimativas assentes numa cuidadosa sinalização de lacunas e contradições a superar⁵⁴ e, bem assim, da necessidade de fazer adendas ao corpo legislativo. Mas para isso é preciso que o legislador esteja atento, sobretudo, ao contributo que advém do laborioso trabalho da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência⁵⁵ que nos vai sugerindo heurísticas orientadoras dos processos de reforma⁵⁶.

⁵³ O mesmo autor (Andrade, 2005, p. 216) criticando as revisões cíclicas que são feitas ao código, faz uma anotação pessoal: “tenho medo de boas leis se tiver maus aplicadores e intérpretes [devendo] moderar um pouco os impulsos reformadores. É que enquanto nos viramos para a lei, encontramos o mal na lei e justificamos a nossa falta de estudo, de trabalho bem como as omissões do poder político – que muitas vezes terá a responsabilidade de não dar os meios indispensáveis para que a aplicação da justiça se faça – há sempre solução que é mudar a lei, e andamos nisto”. Não devemos assumir o erro, imperfeição ou omissão precocemente e muito menos partir para uma reforma se não estivermos perfeitamente esclarecidos dos ajustes ou complementos que têm que ser feitos. Às vezes é preferível deixá-las amadurecer para, limpidamente, tirar ilações. Lembrem-se as palavras de Beccaria (1998, p. 33) citando Bacon, “nas coisas mais difíceis, sejam elas quais forem, não deve esperar-se que alguém semeie e logo colha, mas é necessária uma preparação de forma a que elas amadureçam gradualmente.

⁵⁴ Sousa (2006, p. 266) ilustra qual deve ser a preocupação do legislador aquando do processo de revisão legislativo. Parafrazeando o autor, as revisões legislativas devem ocupar-se com “o preenchimento de conceitos indeterminados, procurando aquele sentido mais ajustado à finalidade da lei, [sendo estas] manifestações de legalidade, com permissão constitucional, e não enxertos de oportunidade exteriores ou extravagantes perante a legalidade”. Mais uma vez vemos reforçada a Constituição como a batuta da orquestra, ou seja, a força legitimadora da lei ordinária.

⁵⁵ Andrade (2006, p. 286) diz-nos de forma majestática que a exigência que motiva todo um processo legislativo, sobretudo num processo de tão elevada envergadura, deverá concitar “a seu favor o aplauso praticamente unânime da jurisprudência e da doutrina, incluída a doutrina jus-constitucionalista”

⁵⁶ Como ensina Teixeira (2006, p. 15) uma reforma legislativa deve contemplar seis fases distintas, que passamos sumariamente a descrever: 1. Cautela no impulso de revisões legislativas sistemáticas; 2. Análises sistémicas ao nível dos indicadores umbilicalmente ligados com a temática a rever; 3. Proceder-se a uma revisão correcta, cirúrgica, minuciosa e integrada do sistema; 4. Aposta no controlo selectivo da litigiosidade; 5. Selecção de procedimentos que simplifiquem (não imbricando em termos de legalidade) o processo; e, 6. Operacionalizar os fluxos informacionais entre as células/nódulos

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Mas as reformas não podem ser espoletadas por razões populistas⁵⁷, clamor público, pressão mediática ou lógicas securitárias⁵⁸, e muitos menos, pelo acolhimento acrítico de «ovos de colombo» que, amiúde, se traduzem em verdadeiros ovos podres condenados a definhar. “Há tempos, há modas, há climas, e há mudança de valores. Sabemos isso. Mas as paredes das Casas do Saber, como as das Casas da Justiça, não deveriam ser chocadas pelo excessivo fanerismo dos passantes nem despindo-se de símbolos, nada lhes sugerindo” (Cunha, 2009, p. 380). Não devemos ceder às tentações do «diabo» e procurar uma “eficiência funcionalmente orientada” (Dias, 2009, p. 809) integrando novos meios e novas formas para “investigar, prevenir e perseguir a diversificadíssima e tecnologicamente imaginativa nova vaga de criminalidade” (Loureiro, 2009, p. 276), fazendo-os passar pelo crivo apertado dos princípios constitucionais – proporcionalidade, legalidade, subsidiariedade, determinabilidade, reserva - de forma a evitar uma compressão desmesurada das margens de exercício de direitos e liberdades das pessoas⁵⁹.

judiciários. O objectivo central de qualquer reforma temática, e no caso concreto no regime processual penal, prende-se com uma lógica de eficácia.

⁵⁷ Júdice (2010, p. 324) fala-nos duma tendência “dos políticos em agradar a população com a «*political correctness*» de cada época e da atmosfera hedonista dominante no Mundo moderno”.

⁵⁸ Nesta linha Teixeira (2006, p. 10) refere que “a aceleração histórica e as expectativas da sociedade não se compadecem com o longo prazo, o médio prazo, nem sequer o curto prazo”, o que a mesma pretende são respostas breves e resolutas aos seus problemas, nomeadamente os imediatos. É neste sentido que surge a *veaxata* questão de como atingir um equilíbrio entre duas lógicas aparentemente antagonistas, a securitária e a garantista. O próprio Figueiredo Dias (2009, p. 809) define-a como truística a afirmação relativa à “necessidade de equilíbrio da tensão entre a exigência, por uma parte, de manutenção do processo penal como um sistema de sólida garantia dos direitos fundamentais do cidadão; e, por outra parte, de abertura ao tratamento eficiente de forma expansivas, massificadas, altamente organizadas e definitivamente internacionalizadas de criminalidade gravíssima”.

⁵⁹ Neste sentido vai também Roxin (2009) que pontifica uma corrente com tendência para a desformalização do processo penal alemão, sem postergar todavia as suas garantias, almejando, essencialmente, uma prossecução penal mais eficaz e mais célere, sobretudo na criminalidade de pequena e média danosidade social.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

É portanto nesta dialéctica⁶⁰ de correntes, algo movediça, que as reformas penais se vão fazendo, sendo compreensível, respeitável e aceitável o cepticismo que acompanha o discurso do bloco mais garantista e, definitivamente mais minoritário, face a tudo o que temos vindo a dizer. Mas, curiosamente, no caso de Portugal, a última grande revisão processual datada de 2007 – Lei 48/2007, de 29 de Agosto – que alterou quase 1/3 daquele diploma, teve um cunho mais garantista que propriamente securitário, ainda que com alterações em ambos os sentidos.

Houve um reforço dos direitos de defesa, destacando e.g. o encurtamento dos prazos e aumento da exigência penológica para a aplicação da prisão preventiva, a imposição de «suspeitas fundadas» para a constituição de arguido, o segredo de justiça que passa a ter carácter excepcional ou a maior determinabilidade de alguns regimes de obtenção de prova que eram pouco previsíveis, parcamente regulamentados e com zonas cinzentas ou zonas de indefinição – escutas telefónicas.

Por outra parte, houve a inserção de soluções “processualmente [mais] completas” (Loureiro, 2009, p. 277) destinadas a combater a criminalidade organizada e/ou violentas, saltando à vista uma alteração que tem sido pontualmente criticada por ter um certo recorte de direito penal do inimigo, referimo-nos às buscas domiciliárias nocturnas – art. 174.º e 177.º do CPP – que agora podem ser levadas a cabo em inquérito ou em acto subsequente à detenção em flagrante delito, quando tiverem por base um crime enquadrável num universo delimitado de crimes – *ex vi* al. a) e c) do art. 177.º do CPP. Não nos detendo muito tempo nesta questão, o que mais tem sido questionado e criticado foi a abertura de uma «caixa de pandora», que permite aos OPC, por *motu* próprio, comprimir desmesurada e abusivamente um leque de direitos fundamentais, com especial destaque para a inviolabilidade do domicílio (art. 32.º n.º 8 e 34.º da CRP), a reserva da vida privada (art. 26.º da CRP) e, conseqüentemente, a privacidade e intimidade da pessoa⁶¹. Ora, percebe-se que foi intenção clara do

⁶⁰ O autor Seça (2003, p. 1389), neste quadro, refere que “a disciplina da prova (...) encontra-se no epicentro destas convulsões, dividida entre o fascínio da eficácia repressiva a qualquer custo e os excessos de um estoliente garantismo que perverte a matriz acusatória de que se reclama”.

⁶¹ Valente (2005, p. 304), referindo-se na altura ao texto constitucional do art. 34.º n.º 3, considera esta alteração flagrantemente atentatória de direitos fundamentais que se querem muralhados por uma protecção apertada face aos interesses individuais que estão em jogo. Proscreeve uma autêntica afronta aos limites constitucionais estabelecidos que justificam intrusões neste reduto, defendendo a sua

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

legislador constitucional, seguida pelo legislador ordinário, alterar substancialmente o paradigma das buscas, abrindo uma frecha, excepcional, de intromissão no domicílio em situações de flagrante delito por crimes com moldura penal superior a 3 anos – art. 177.º, n.º 2 al. a) -, um critério penológico igual ao previsto, por exemplo, para as escutas telefónicas – art. 187.º n.º 1 al. a) -, dando prevalência à perseguição penal e recolha de prova, em detrimento das violações dos direitos individuais antes elencados.

Não esquecer, porém, que o acionamento desta válvula excepcional terá que obedecer a requisitos explícitos e implicitamente ínsitos na norma, com decorrência constitucional do seu art. 18.º, designadamente de actualidade, urgência, utilidade, objectividade, necessidade, adequação e proporcionalidade da diligência na recolha de elementos probatórios que poderiam perecer face a uma intervenção tardia. Só assim a diligência se poderá julgar legítima, expurgando-se acionamentos arbitrários que não obedecem a um juízo de ponderação e confirmação requisitória nos termos mencionados, cabendo à autoridade judiciária um escrutínio afivelado⁶², de modo a

legitimidade apenas para situações enquadráveis no estado de necessidade – *ex vi* art. 35.º do CP -, em que haja portanto perigo actual para a vida ou integridade física de terceiro que não seja possível remover que não pelo acesso ao domicílio. Define-a, citando Conde, como um recorte “do «Direito penal bélico», um «Direito penal do inimigo», em que as garantias praticamente desapareceram para converter-se exclusivamente em um instrumento que busca a toda a custa a segurança cognitiva, por cima de qualquer outro valor de direito fundamental”, mantendo-se fiel seguidor do regime que condicionava o acesso ao domicílio entre as 07h e as 21h e apenas com autorização judicial nos termos do art. 177.º, n.º 1 do CPP, na versão imposta pela Lei 59/98, de 25 de Agosto, salvo os casos excepcionais previstos no art. 174.º, n.º 4 al. a) – estado de necessidade – e al. b) – consentimento do visado.

⁶² Anotar-se apenas duas situações conhecidas na jurisprudência nacional – Ac. do TRL de 22-12-2009 e 22-01-2015 - que vêm a declarar nula a prova obtida no decorrer das buscas domiciliárias por falta de verificação cumulativa dos requisitos que legitimariam a diligência, designadamente a falta de actualidade por intervenção tardia do OPC que entre o momento da detenção e o início da busca consome tempo que não consegue preencher ou justificar com diligências de carácter processual ou policial – e.g. a procura da morada do visado que fornece deliberada e dilatoriamente informações erradas de forma a ganhar tempo; isto acontece invariavelmente em caso de tráfico de estupefacientes onde é pré-estabelecido um código de segurança entre o traficante e familiares ou pessoas de confiança, sendo que estas últimas, na impossibilidade ou ausência de contacto com o primeiro, ficam incumbidos de dar destino à droga e parafernália conexas com a actividade por forma a obstar a sua

evitar intromissões injustificadas na esfera dos direitos e, outrossim, rechazar o ímpeto conatural dos OPC nesta matéria.

A criação de válvulas de excepção e de mecanismos novos, adaptados ao combate duma franja de criminalidade mais violenta e organizada, não nos causa prurido. Independentemente do seu potencial, mais ou menos, destrutivo no campo dos direitos, é a inabilidade dos seus utilizadores que as torna abusivamente agressivas quando se socorrem delas de forma injustificada e desproporcional. Veja-se o exemplo de banalização crescente das escutas telefónicas que hoje são usadas de forma recorrente e sistemática nas investigações criminais, sobressaindo, em relação a elas, um notório enquistamento dos operadores judiciais e policiais que as elegem com predileção, não por serem muitas das vezes indispensáveis à recolha de prova, mas por serem o meio mais cómodo e, abstractamente, mais eficaz de se recolherem indícios contrafacticos.

Aquele que, ainda hoje, é considerado “o paradigma dos meios ocultos de obtenção de prova” (Faria, 2010, p. 201) tem vindo a perder, paulatinamente, o direito a esse título, fruto dum uso distorcido em frontal desrespeito para com os comandos constitucionais e constitucionais aplicados (legais) que diluem, cada vez mais, a sua jaez de excepcionalidade, e também da sua popularização maciça no seio da comunicação social que, hoje, o torna um dos instrumentos do processo penal mais conhecido, mais falado e mais escalpelizado no domínio público, que se repercute, necessariamente, em perdas substanciais de eficácia.

Subscrevemos, em parte, as palavras de Valente (2008, p. 183) quando este afirma que as escutas se vulgarizaram num “meio delator da ideia da tutela do íntimo”, resultado de uma cristalização evidente na sua utilização, não como um meio necessário

apreensão por parte das autoridades policiais – interrompendo-se aquilo que o primeiro aresto mencionado designa por “imediatismo temporal (que se está a cometer um delito ou tenha sido cometido instantes antes) - imediatismo pessoal (que o delinvente se encontre ali numa situação tal, com relação aos objectos ou aos instrumentos do delito, que ofereça uma prova da sua participação no delito) e necessidade urgente (de tal modo que a polícia, pelas circunstâncias concorrentes no caso concreto, se veja impelida a intervir imediatamente com o duplo fim de impedir a propagação do mal que a infracção penal acarreta e de conseguir a detenção do autor dos factos”.

ou indispensável⁶³, mas como uma potencial via facilitadora do processo de recolha de prova indiciária.

Com isto, observamos investigações que se enraízam exclusivamente em centenas de horas e centenas de dias de intercepções telefónicas, sem que outros meios alternativos, menos insidiosos e quiçá até mais proficientes, sejam ponderados e utilizados, respeitando-se o primado da proporcionalidade e subsidiariedade.

Este afunilamento terá que sofrer um retrocesso antes que as escutas definham numa crise de eficácia e, mais importante ainda, que se continuem a alimentar práticas investigatórias que são extremamente invasivas, sem que sejam respeitados os requisitos subsidiários da sua aplicação, como um dos últimos meios de obtenção de prova de que se pode lançar mão, tornando-as solução tabeladas.

Este bloqueio e esta sindicância deverá recair, em primeira mão, sobre o MP, que deverá interromper uma clara linha seguidista das propostas dos OPC, assumindo, com efeito, um papel mais activo no rateio de legalidade que faz sobre as mesmas antes de as acolher e propor.

Em segunda linha, o JIC, como órgão atomista e monofuncional, enroucando o papel de guardião das liberdades e garantias fundamentais, deverá repriminar uma subscrição automática⁶⁴ das propostas do MP, passando-lhes o crivo da legalidade e da proporcionalidade *latu sensu*, esbatendo desta forma construções ideológicas que propendem a designá-lo como “uma mera extensão do MP⁶⁵, usado para fingir formalmente que é lícito o que não passa de arbítrio e abuso” (Júdice, 2007, p. 11).

⁶³ Veja-se o TRE que no seu acórdão de 13-10-2009 afirma que o critério de indispensabilidade “só se compreende como meio de proscrever a banalização da utilização deste meio de prova”. A banalização das escutas apenas fomenta o carácter ilusório deste requisito, cada vez mais branqueado pelo arbítrio de soluções eficientistas.

⁶⁴ Neste sentido fala Andrade (2009, p. 27) referindo que “o Juiz não pode ater-se apenas à representação das coisas sustentada pelo MP, tem, antes, de a submeter a escrutínio, em ordem a formular a sua própria representação dos factos e das circunstâncias”.

⁶⁵ A *contrario sensu* também o indeferimento se deve presumir solidamente assente numa avaliação de mérito e não, como o 2.º RMRP (2008, p. 80) refere, porque os JIC “não têm tempo para proceder à sua validação”. A necessidade de fundamentação estende-se às duas dimensões possíveis da decisão, negativa ou positiva, não podendo o JIC coibir-se em fazê-lo, assumindo, em pleno, a sua dimensão garantista.

Se este controlo não for para além do paliativo, entrevemos a degeneração das escutas numa dupla perspectiva: mais ineficazes e obsoletas face ao ruído popular que gravita em seu redor e que alerta os criminosos para a necessidade de criação de automatismos de segurança; e um aumento dos níveis de ingerência na esfera da vida privada e privacidade das pessoas, atente ao maior volume de informação que hoje circula por canais alternativos à comunicação pessoal.

Voltando agora um pouco mais atrás, a uma ideia que nos causa algum formigueiro e que é costumeiramente utilizada como subterfúgio ou bloqueio à integração de novos recursos e instrumentos processuais de recolha de prova, por se supor, em abstracto, que estes constituirão formas “muito mais sofisticadas ao nível tecnológico e muitos mais invasivas e potencialmente susceptíveis de afectar esferas privadas de indivíduos” (Loureiro, 2009, p. 276)⁶⁶ e que poderão, outrossim, potenciar uma auto-incriminação coerciva do visado, um pouco à semelhança das escutas telefónicas.

Não é na diversificação dos meios de obtenção de prova que está o problema, até porque é razoável que o legislador procure novas formas de dar resposta às ameaças do mundo moderno onde a criminalidade tem um rosto mais diversificado, mais técnico e mais evoluído. Não o fazer fá-lo-á redundar, mais cedo que tarde, num estado de completa inabilidade, sendo preferível resignar.

Aumentar as opções permitirá, ao aplicador, uma maior latitude na escolha do meio mais adequado e necessário à recolha de prova, permitindo-lhe, igualmente, escolher a via que, subsidiariamente, menos contende com direitos fundamentais. No fim não se trata de estender a via tornando-a mais agressiva e mais próxima dos núcleos fundamentais das pessoas, antes criar caminhos alternativos no mesmo sentido que

⁶⁶ Criticamos neste sentido Valente (2005, p. 289) que associa erradamente sofisticação a um aumento necessário de coerção afirmando assim que o “apetrechamento dos operadores judiciais com meios coercivos mais sofisticados e, conseqüentemente, atacantes dos direitos e liberdades fundamentais”. É um truismo afirmar que qualquer meio de obtenção de prova tem no seu rosto um rasgo de coerção por comprimir direitos fundamentais, agora cada um inflige níveis de compressão distintos e tem associado a si um requisitório mais ou menos apertado para a sua aplicação, decisão essa que terá sempre que ser avaliada e ponderada a montante de forma a tornar-se legítima.

possam constituir-se como soluções⁶⁷ mais adequadas e com menor grau de ofensividade.

O próprio Roxin (2009, p. 393) assume compreensivelmente que estes “novos desenvolvimentos (...) tenham de originar medidas de prevenção e, também, que devam ser utilizados os meios de investigação que os avanços científicos e tecnológicos colocam à nossa disposição”, não advindo daí um lógico e causal “endurecimento do direito punitivo” (Valente, 2005, p. 288). Esse resultado estará, sempre, dependente da maior ou menor justeza, ponderação e conformação jurídico-constitucional das decisões dos aplicadores judiciais, sobretudo do JIC que detém o grosso das decisões mais sensíveis nesta matéria, pelo que o preconizado estado demencial apenas se verificará, caso este último, se subtraia ao cumprimento da sua tarefa de sindicância permanente, podendo daí sim resultar ingerências ilegítimas e inadmissíveis no espaço de liberdade e privacidade do cidadão.

Esta renúncia asséptica à integração e adaptação de novos meios de obtenção de prova irá conduzir a um de três resultados:

1. Na ausência de soluções alternativas vão continuar a utilizar-se os clássicos meios de obtenção de prova mais invasivos – e.g. escutas telefónicas, acções infiltradas, captação de imagem e voz;
2. Utilização oculta de meios insidiosos por parte dos OPC que não estão tipificados e/ou regulamentados, sendo apenas utilizados como um meio para atingir um fim – e.g. IMEI *catchers*, microfones direcionais, quiçá, o GPS como sistema de geolocalização, não querendo todavia adiantar uma resposta já que irá ser alvo de tratamento próprio mais à frente; ou
3. Frustração da acção penal por manifesta incapacidade em investigar, por inexistência ou inadaptação dos mecanismos existentes a novas modalidades criminais. Trazemos a título de exemplo a problemática dos crimes informáticos em que parte destes gozaram de um período de imunidade entre a entrada em vigor do novo CPP com

⁶⁷ Estas soluções não poderão todavia ser integradas sem um prévio estudo científico da sua forma de funcionamento para que a possamos corporizar e conformar juridicamente de forma adequada, evitando desnecessários desacertos, lacunas, ou pior, assimetrias e descontinuidades. Muito crítico é Andrade (2009, p. 44) firmando a ideia que “nada mais comprometedor do prestígio e da confiança num documento legislativo do que a evidência de ele estar inquinado por erros de conhecimento: assumindo, enunciando ou edificando sobre supostos à revelia de toda a solvabilidade científica”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

a Lei 48/2007, de 29 de Agosto e a legislação extravagante sobre o cibercrime, a Lei 109/2009, de 15 de Setembro. A opção do legislador ordinário foi a de estender o manto de protecção das escutas telefónicas a comunicações feitas no mundo digital mesmo que estas se «encontrem guardadas em suporte digital» – art. 189.º n.º 1 do CPP. Independentemente de acharmos que a solução, na altura, pecou por ser pouco parificada⁶⁸ e algo confusa por nivelar realidades estáticas com realidades dinâmicas como a das comunicações, por misturar aparentes regimes de apreensão, inclusivamente o da correspondência, ao regime das escutas telefónicas. Em termos práticos veio-se a verificar que, vários crimes, na altura previstos na Lei da Criminalidade Informática – Lei 109/91, de 17 de Agosto -, cuja moldura penal se situava abaixo dos 3 anos (inclusive) – e.g. art. 7.º «Acesso ilegítimo»; art. 8.º «Intercepção ilegítima» - ganharam um período de imunidade, por não entrarem no universo de crimes previstos no art. 187.º n.º 1 do CPP.

Nem mesmo crimes como a injúria, ameaça, coacção ou devassa da vida privada, que estão previstos no catálogo, se praticados por meios informáticos, e que são na realidade bastante comuns, eram passíveis de ser investigados por via da limitação consagrada literalmente pelo legislador na al. g), delimitando-a a factos cometidos por telefone. Presumindo que o legislador se exprimiu bem, não será de admitir interpretações ampliadoras da tipicidade, dado que estamos no campo das restrições de direitos. Mais a mais, sufragando Teixeira (2008, p. 284), “não se poderá dizer que a *mens legislatoris* visaria incluir no catálogo os crimes cometidos através do telefone ou «quaisquer outros meios (a que alude o art. 189.º) porque, em outros lugares do artigo onde se enuncia o catálogo, quando entendeu ser abrangente, usou a expressão «meio de comunicação» (cf. n.º 4 e 7 do art. 187.º) e não «telefone»”.

⁶⁸ Neste sentido criticou acerrimamente a opção Verdelho (2008, p. 167) dizendo que “depois desta alteração legislativa passou a ser bastante difícil e improvável investigar com sucesso a prática de crimes desta natureza, ao não ser possível, nessas investigações, proceder à apreensão de comunicações electrónicas de qualquer tipo, quer estejam em trânsito, quer estejam já armazenadas num computador”. Até a obtenção de dados de tráfego, que muitas das vezes constituíram meio de prova suficiente para o desfecho do *thema probandum*, estavam vedados por equiparação aparente das mesmas exigências restritivas que recaem sobre as escutas telefónicas *tout court*. Sobre esta questão, designadamente a nossa discordância com a decisão asténica do legislador em criar regimes simétricos para as escutas telefónicas e os dados autênticos da comunicação, falaremos mais à frente.

Insuficiências na adaptação do regime das buscas⁶⁹ e apreensões ao mundo digital, agora previsto na Lei do Cibercrime como «Pesquisa de dados informáticos» - art. 15.º - e «Apreensão de dados informáticos» - art. 16.º - levantaram inúmeros problemas práticos, por não ser possível, nem admissível, equiparações ou extensões aos regimes clássicos das apreensões (art. 178.º e ss.) e das buscas (174.º e ss.), isto porque o computador é, cada vez mais, conceptualizado como a nossa casa digital⁷⁰, sendo um potencial repositório de grandes e diversificados volumes de informação (fotografias, diários pessoais, vídeos, agenda, portefólios, etc.), parte dela decerto muito sensível contendo dimensões de sigilos (e.g. bancário), segredos (e.g. Estado, religioso, profissional) e de direitos (e.g. privacidade, liberdade auto informacional, intimidade) e que, evidentemente, exigem e demandam “uma ponderação diferenciada” (Teixeira, 2008, p. 284).

⁶⁹ Falando e criticando o lapso do legislador nesta matéria Andrade (2009, p. 150) fala-nos de uma “irreduzível heterogeneidade teleológica e normativa que separa os dois meios de obtenção de prova, e que fazem particularmente crise no carácter oculto da busca *online*, contraposto à natureza aberta da busca tradicional”.

⁷⁰ Sobre esta resolução também se pode levantar uma questão com clara acuidade, se a busca pesquisa ou busca *on line* permite um acesso único ao computador no sentido de recolher instantaneamente a(s) informação(ões) pretendidas ou se, por outro lado, o prazo de 30 dias permite um acesso contínuo de monitorização, criando assim um espelho em constante actualização. Para além da possibilidade (criticável e que não advogamos) de podermos violar o direito das telecomunicações (acedendo por exemplo a emails, e aqui já a doutrina diverge consoante estejam abertos ou fechados) por aplicação subsidiária do regime das escutas, estamos, no nosso entender, perante a violação de outras áreas de tutela fundamentais como a tutela do domicílio e da privacidade/intimidade que podem ir muito mais além, em termos de agressividade, que a busca tradicional. Imagine-se e.g. o acionamento e monitorização remota da câmara e/ou microfone do computador permitindo ao OPC controlar a vida intra-doméstica do visado, e, com efeito, potencialmente, atentar contra o núcleo fundamental da sua esfera íntima. Refere Andrade, citando o TCFa, que com a “infiltração, [busca ou interceptação] é abatida a barreira decisiva à devassa generalizada do sistema”. São questões muito práticas que merecem reflexão e, acima de tudo, têm que ser acauteladas de forma a evitar “lastros de arbítrio e de danosidade [da acção probatória]” (Andrade, 2009, p. 153). São estas (novas) dimensões de direitos que têm que ser compreendidas para que se possa agir adequadamente sobre elas em termos de protecção e de correcta legitimação legal.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

A possibilidade de utilização da figura do agente digital infiltrado, com remissões necessárias ao Regime das acções encobertas – Lei 101/2001, de 25 de Agosto - foi também uma inovação prevista pela Lei do Cibercrime, que ficou no esquecimento aquando da reforma de 2007, e que era já uma resolução típica, à semelhança das anteriores, em constelações processuais de outros países não sendo por conseguinte desconhecida.

2. Processo Penal de Princípios ou de Arbítrio?

Com este pequeno raciocínio pretendemos alertar para um percurso dialógico que quanto a esta matéria caminha de forma errática, julgamos nós.

Não é a criação de medidas alternativas que gera fragilidades na garantia de um processo que contende o mínimo possível com direitos fundamentais, é, antes, a sua aplicação desconforme com as imposições constitucionais e com os princípios fundamentais do processo penal no sistema de produção de prova.

Ocorre que, isso dependerá, apenas, do rigor e justeza das decisões dos decisores judiciais, *in fine*, do JIC, a quem cabe zelar pelo seu escrupuloso cumprimento.

O que interessa expurgar, são formas ardilosas, desleais, enganosas e coercivas de se colher prova; isso sim, seria combater o crime com as regras e comandos próprios do seu ideário.

É sabida e conhecida a “disparidade entre (...) tempo histórico e tempo processual” (Cunha, 2009, p. 155), estando o direito um passo sempre atrás da criminalidade, pelo menos, daquela mais complexa e organizada que se vai refinando através do aproveitamento dum mercado tecnológico e comunicacional que lhes oferece um leque de soluções cada vez maior.

Ficar estático não é sinónimo de reforço de garantias, é, antes, criar zonas de criminalidade onde o direito se revela estéril e incapaz de aí penetrar, propiciando, em simultâneo, o encrostamento de meios clássicos de investigação tão ou mais insidiosos.

Existe uma ideia cada vez mais calcificada de que a inserção de meios ocultos de investigação contribuirão para a instalação cada vez mais arraigada de lógicas securitárias, de compressões exageradas de direitos e, por fim, de uma policialização da investigação atento o suposto “alargamento de espaços de actuação da polícia” (Andrade, 2009^a, p. 529).

Este último autor não se detém na crítica, afirmando que esta nova constelação de meios ocultos, que têm vindo a ser, progressivamente, integrados nos mais diversos compêndios adjectivo-processuais, detêm uma maior danosidade social por representarem exclusivamente “uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas (...) sem que estas tenham conhecimento do facto nem delas se apercebam [continuando] (...) a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma «inocente», fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente auto-incriminatório ou

incriminatório daqueles que interagem ou comunicam [ditando] (...), inconscientemente, para o processo «confissões não esclarecidas nem livres» (Andrade, 2009, p. 106).

E continua pontificando “uma tendência irreprimível para invadir a esfera jurídica de um número incontável de pessoas (...), não conhecendo distinção, nem diferença, entre suspeito e inocente, não respeitando relações de confiança, de segredo, de proximidade existencial” (Andrade, 2009, p. 106).

Não podemos acompanhar esta visão por uma série de razões, designadamente:

1. A crítica parece-nos, paradigmaticamente, dirigida ao instituto das escutas telefónicas *latu sensu* e não a outra inovação no quadro dos meios de obtenção de prova, podendo, perfeitamente, alastrar-se a outros meios de investigação que vigoram no nosso ordenamento há mais de um decénio, e que estão previstos na Lei 101/2001, de 25/08 - regime das acções encobertas - e da Lei 5/2002, de 11/01 que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, permitindo a gravação de voz e imagem. Estes são sem dúvida os três regimes com maior pendor de agressividade⁷¹ aos direitos fundamentais dos visados⁷², podendo, facilmente, dimensionar-se no plano subjectivo, por envolver terceiros, que nada tenham que ver com os objectos das investigações. Também no plano dos segredos e demais institutos de impedimento previstos, todos podem colidir com eles de sobremaneira, excluindo, em parte, o regime das acções encobertas. Fazemos esta ressalva já que o homem de confiança pode, efectiva e materialmente, tomar conhecimento de elementos importantes para a investigação através do visado, de colaboradores, de terceiros onde se pode incluir o advogado, mas, formalmente, essas informações terão pouca ou nenhuma validade no plano adjectivo atentas as regras do

⁷¹ Considerados também, por uma grande corrente doutrinária, como meios que aflagem o princípio da lealdade, por serem acções ou métodos enganosos, delatores e até criminosos (Valente, 2005), olhando com algum *grano salis* para a justificação da sua licitude penal substantiva por via da ponderação de interesses e proporcionalidade, tendo do outro lado um “estado de necessidade qualificado de investigação” (Teixeira, 2008, p. 247). Na doutrina e jurisprudência que melhor acolhe estes regimes é costumeiro ver denominações como «menos leal» - *vide* Ac. do TC 578/98, de 17-10-98 que equipara em termos de deslealdade, com alguma bondade, o RJAE ao das intercepções telefónicas.

⁷² Teixeira (2008, p. 247) define estes regimes por uma ampla “danosidade social polimórfica”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

depoimento indirecto e do direito ao silêncio, excluindo-se, por conseguinte, qualquer possibilidade de aproveitamento de declarações confessórias.

Não deixa porém de se constituir, inquestionavelmente, como o instrumento que mais dano⁷³ cria nas esferas individuais por ter, potencialmente, uma capacidade de penetração mais profunda e menos intermitente nas dimensões sociais e familiares da(s) pessoa(s) que são visadas por esta medida.

Aproveitando este momento temático, de estranhar, é que o legislador não tenha, pelo menos taxativamente, patenteado o regime com um critério de indispensabilidade⁷⁴ à semelhança das escutas deixando espaço a interpretações menos bondosas que atribuem ao seu recurso uma exigência menor. Ou então, definindo um catálogo fechado para os crimes que admitem a sua utilização, ao contrário das escutas que tem um catálogo semi-aberto, comete um lapso substantivo deixando margem para a sua utilização em crimes que roçam o bagatelar e.g. corrupção passiva para acto lícito (art. 373.º) ou o peculato de uso (art. 376.º) e depois não abre a porta à integração de crimes graves e cometidos por células organizadas – e.g. furtos qualificados praticados por células com origens balcânicas.

Questionável também, desvalorizando aqui a sua parca e desmembrada regulamentação, é a utilização (excepcional e urgente) desta figura em acções

⁷³ Neves (2009, p. 324) refere que “a maioria dos ordenamentos jurídicos consideram expressamente a utilização do agente encoberto como uma *ultima ratio*, legitimada por um prévio juízo de proporcionalidade que restringe a sua utilização contra a criminalidade mais grave e complexa”. Reafirma, por conseguinte, a necessidade de legitimação legal fundeada criteriosamente no primado da proporcionalidade, aliás, de outro modo não teria enquadramento e dignidade sistémico-jurídica. Também neste sentido giza Pereira (2010, p. 147) referindo que “a utilização de agentes infiltrados não deve ser uma regra, sob pena de atentarmos contra princípios basilares [constitucionais]”. O Ac. da RL de 05-06-2002 é bem claro quanto a este pensamento referindo que “a lei apenas veda por via do princípio da subsidiariedade que o recurso das escutas telefónicas possa e deva ser preterido em função da viabilidade de outros meios investigatórios”, e.g. apreensões, buscas domiciliárias. É no entanto ressalvado nesse mesmo acórdão a especialidade inerente ao RJAe porquanto se revela um meio mais insidioso, oneroso e intrusivo.

⁷⁴ Ou quase impossibilidade da sua obtenção por forma diversa.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

preventivas, resguardada porém numa sindicância e autorização prévia por parte do JIC após proposta do MP – *ex vi* art. 3.º n.º 4 do RJA⁷⁵.

Na mesma linha, de aparentes assimetrias, temos o regime da captação de voz e imagem, considerado como um instituto ligeiramente mais nocivo para os direitos fundamentais que o das interceptações telefónicas, atentando, não só, contra o direito à palavra, mas também, com o direito à privacidade e intimidade (podendo aqui haver uma certa parificação conceitual por ambos os regimes permitirem aparentemente a vigilância acústica através da captação ambiental das conversas).

A utilização de um microfone direcional de captação de voz é de enquadrar em que regime? Não nos parece que o argumento monolítico de um captar voz e imagem e outro apenas voz⁷⁶ seja argumento distintivo, mas também contra a imagem, e depois ter

⁷⁵ Parece-nos que esta positivação excepcional ter-se-á apoiado na decisão do TC, no aresto indicado na anotação 68 que considerou, perante criminalidade grave, violenta ou organizada, que existe uma situação de excepcionalidade que legitima a utilização de tal técnica investigatória e de obtenção de prova, face à necessidade colectiva de combate a este tipo de criminalidade; decidiu, deste modo, pela não inconstitucionalidade da norma do art. 59.º do DL n.º 15/93, permitindo a actuação de agentes infiltrados sem abertura prévia de inquérito. O TC procede, pois, a um juízo de proporcionalidade, estabelecendo como baliza limitadora o respeito pela liberdade de vontade e de decisão das pessoas, condenando com efeito o recurso a agentes provocadores como um meio flagrantemente desleal pela sua natureza formativa no crime. Assim o classifica Silva (1994, p. 29) “considera[ndo] que a provocação não é apenas informativa, mas sobretudo formativa, não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto”. Esta corrente doutrinária foi entretanto acoitada pelo mesmo Tribunal na decisão 46/2001, declarando-a não integrável no alcance conceitual e material da expressão «meios enganosos» prevista pela al. a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP, e por conseguinte não inconstitucional.

⁷⁶ Albuquerque (2008, p. 528) circunscreve (estranhamente) a captação de voz nos termos da Lei 5/2002 apenas a cenários em que a voz não pressuponha “um acto de conversação”, remetendo nesses casos para o regime das escutas telefónicas – art. 187.º e ss – face à especialidade do regime. Temos algumas dificuldades em acompanhar este argumento por via da limitação profunda ao âmbito de aplicação do regime, delimitando-o à captação de imagem e voz quando esta última dimensão se manifeste sobre a forma de «monólogo». Como está bem de ver o argumento peca por ser reducionista de mais e posterga o alcance teleológico do regime.

uma exigência de necessidade, que nem qualificada⁷⁷ é (Teixeira, 2008), e que permite ao operador dela lançar mão mais facilmente. Mais, já se tentou perceber porque é que este instrumento é utilizado quase exclusivamente para a captação de imagens e/ou em complemento a intercepções telefónicas? Não se deveria repensar o meio numa óptica de fragmentariedade prevendo, no regime, uma exigência menor quando se trate apenas de captação de imagem (e.g. vigilâncias estáticas ou dinâmicas a indivíduos que costumam vender estupefaciente num determinado local ou em regime de mobilidade onde captar o que é dito revela-se despiciendo) havendo, por conseguinte, uma menor ingerência nos direitos fundamentais afectados, sobretudo ao reduto da intimidade/privacidade.

2. Pese embora se possa dar, controversamente, utilidade às sessões confessoriais dos visados, a real essência de qualquer um dos dois meios de obtenção de prova antes mencionados (excluindo-se os homens de confiança pelos motivos já elencados), e outros que pudéssemos aqui elencar, não é essa, antes a recolha e construção de uma matriz indiciária fortemente condensada dos factos criminais e das suas associações de autoria, relativizando esse criticável resultado que aliás, isoladamente, não deveria ser suficiente para redundar numa condenação, se não aliado a uma série de outras fontes independentes de prova.

Mas aparte isto, parece-nos simplista demais admitir que novos meios ocultos de investigação tragam consigo esta essência destrutiva e que sirvam apenas para fomentar o processo de auto incriminação coerciva quando, muitos deles, servirão apenas captar acções, interacções, resultados e factos que ninguém mais que o visado decidiu cometer, não esquecendo que muitos deles detêm uma impressividade mediata que transcende os nossos campos sensoriais, que são cometidos no oculto com tremendos cuidados e precauções.

Pensar que muita desta nova criminalidade se investiga através de meios tradicionais de investigação, às claras ou de forma aberta, como muitos parecem propor,

⁷⁷ Rodrigues (2008a, p. 494) defende que não existe diferença entre o conceito de «necessidade» aqui previsto e a «indispensabilidade» estatuída no regime das escutas telefónicas, tratando-se de “densificações distintas do princípio da proporcionalidade”, mas que exigem a mesma justeza de ponderação sob pena da actuação ser ilegal – art. 126.º do CPP – e inconstitucional – art. 32.º n.º 8 e 24.º n.º 4 da CRP. Em sentido contrário Albuquerque (2009, p. 528) que defende que o “crivo da necessidade é mais lasso que o crivo da indispensabilidade”.

como as revistas, as buscas, os exames ou apreensão de correspondência, é, perdoemos o adágio, «dar o ouro ao bandido» e resignar a investigar por manifesta incapacidade ou, *in casu*, resistência.

Imagine-se, num plano mais realista, que estávamos a investigar uma rede internacional de tráfico de droga e que tínhamos suspeitas que o grupo investigado se iria deslocar a alto mar a fim de proceder a um transbordo de uma grande quantidade de droga e que, por conseguinte, tornava-se imperioso monitorizar os seus movimentos a fim de perceber, não só, os contornos do momento, como também, a concretizar-se, onde o barco iria atracar a fim de proceder a uma intercepção. Não sendo propriamente fácil e discreto proceder a um seguimento dinâmico em alto mar, seria preferível socorrer-nos de um *drone*⁷⁸ a fim de monitorizar à distância a embarcação ou antes interceptar as comunicações telefónicas dos suspeitos à guisa de um descuido destes no fornecimento da informação pretendida? A resposta parece-nos óbvia. É a necessidade ou indispensabilidade da investigação oculta que tem que ser verificada, a sua real confirmação requisitória em termos de proporcionalidade no caso concreto e a sua real delimitação subjectiva às pessoas sobre as quais existe uma suspeita mais que fundada⁷⁹ e não, próprio das decisões tabelares, uma presumível, mera, fraca, pouco confirmada suspeita.

3. Não aceitar a necessidade de novos instrumentos de investigação, é não reificar o processo penal às novas e efectivas necessidades de investigação e às novas dimensões que os direitos comportam hodiernamente.

A verdade é que, se os queremos proteger, temos igualmente que criar condições para o fazer. E.g. como é que se investiga um crime de sabotagem informática se não pudermos aceder a dados da comunicação relativos ao computador que o suspeito utilizou para aceder ao sistema?

⁷⁸ Não entraremos, por ora, em questões axiológicas de necessidade ou não de enquadramento adjectivo no plano da tipicidade e legalidade do meio.

⁷⁹ Nós chamar-lhe-íamos suspeitas qualificadas em vez de fundadas atribuindo-lhe uma propriedade aumentativa de ponderação vinculada. Andrade (2009, p. 76) assinala a profusão de sentidos dada ao conceito de ‘fundadas suspeitas’, susceptível de interpretações multimodais, algumas delas demasiadamente extensivas, criadoras de “um espaço de limbo de investigação até à consolidação da suspeita: até que ela justifique a qualificação de «fundada»”.

Mais do que segregar *ab initio ad finem* estas inovações investigatórias, interessa perceber, antes de as acomodarmos no nosso ordenamento jurídico, do seu potencial de danosidade objectiva, em termos de valores sacrificados, e do risco/dimensão subjectiva que atende ao universo de pessoas atingidas.

2.1. A reserva de lei como baluarte garantístico na obtenção de prova (a)tarifada

Não é de todo nossa intenção defender uma integração sem limites, sem rumo e sem norte, de novos instrumentos de investigação à guisa pura de um pretensão de melhoria dos níveis de eficácia do processo penal no combate ao crime, virando costas às balizas constitucionais que gerem esta dialéctica e que nos permitem procurar pontos de equilíbrio que, cepticamente, nunca serão óptimos.

É, sobretudo, no campo da produção da prova onde se assistirá a maiores impulsos de inclusão e não tanto na prova em si, esta última com um regime que no nosso entender escalona taxativamente⁸⁰ quase todos os meios de prova possíveis e

⁸⁰ Assim parece ser também a ideia defendida por Mendes (2004, p. 135) ao não reconhecer um verdadeiro princípio da não taxatividade dos meios de prova face a um quadro aparentemente esgotado que “inclui os respectivos regimes e não permite que sejam desrespeitadas as suas regras a fim de serem criados meios de prova aparentados, mas atípicos”. Imagine-se, em oposição, no quadro dos meios de obtenção de prova, o reconhecimento por imagem térmica que não tem previsão no nosso ordenamento, onde inclui-la? E a prova por reconhecimento através de sensores fotográficos que é uma realidade nas agências federais norte-americanas? Parece ser de integrar a primeira na prova documental nos termos do art. 164.º do CPP por não exigir “especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos” nos termos do art. 151.º do CPP, algo que já acontece, julgamos nós, para a segunda situação. Em ambos os casos estamos a falar de realidades por ora relativamente desconhecidas, pelo menos no quadro mais técnico, mas que mais tarde ou mais cedo acabarão por fazer sentido ainda que, para que o segundo instrumento pudesse funcionar, teria que haver uma liberalização plena do repositório dos serviços de registo civil relativamente a cidadãos nacionais, do SEF relativamente a cidadãos extra-comunitários, aos demais OPC relativamente ao universo de cidadãos do espaço Schengen sobre os quais exista registo fotográfico e por fim, a derradeira ponte de cooperação e cedência de informação europeia ao abrigo do pilar da Justiça e cooperação internacional. Mas esta é uma questão que, à semelhança da liberalização de dados biométricos, informação genética e afins, levantaria questões controversas do ponto de vista da compressão de direitos, *inter alia*, da liberdade

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

admissíveis no processo, até porque se rege por uma delimitação categorial que permite, numa lógica integrativa, acomodar novas dimensões de prova, que não são mais, do que extensões reconduzíveis aos domínios da prova pessoal e/ou prova material já existentes.

Interessará, pois, resgatar formas de investigação de zonas de clandestinidade sobre as quais não existe um escrutínio teórico-dogmático do ponto de vista da sua conformação fundamental e legal, abrindo as «portas do inferno» a um uso oculto, indiscriminado e arbitrário que, certamente, lesará direitos e valores fundamentais atento o seu potencial de maior ou menor intrusividade, sintomático e transversal a todos eles.

É com base neste alinhamento que assentamos uma postura de rejeição, resiliente, à aquiescência leviana de formas atípicas que a literalidade da norma do art. 125.º do CPP assim parece sugerir, mas que não favorecem a exigida transparência e clarividência do ordenamento jurídico, criando antes fissuras na confiança e segurança da comunidade para com o Estado.

Por oposição “as leis existentes não podem, com efeito, ser encaradas como uma espécie de «normas penais em branco», marcadas pela plasticidade e abertas à subsunção dos novos meios técnicos de invasão e devassa” (Andrade, 2009, p. 113), estes têm, antes de mais, revelar-se necessários e idóneos à sua constituição como meios de produção de prova, depois de passarem pelo crivo de ponderação da hierarquia axiológica constitucional.

Só a partir daí a solução se poderá considerar legítima e constitucionalmente admissível à luz do (grande) princípio de Estado Democrático.

Este processo permite decompor o meio e colocar ao descoberto o seu potencial de lesividade para com os direitos fundamentais, pondo-o em confrontação com as limitações expressas e imanentes contidas na hermenêutica constitucional, permitindo assim, com rigor e precisão, definir os limites de sua aplicação funcional no processo penal, sem esquecer porém que esta compatibilização deverá, em caso de dúvida, tender para a prevalência dos direitos fundamentais em detrimento da perseguição penal.

de autodeterminação informacional – art. 35.º da CRP -, e da identidade pessoal e imagem – art 26.º da CRP.

Só este exercício permitirá restringir, convenientemente, o âmbito da norma, ajustando-a aos limites impostos pelo âmbito de protecção da norma que prevê o direito fundamental, impedindo-o, desta forma, de atingir núcleos essenciais e invioláveis impostos pela dignidade humana⁸¹, condição absoluta à sua realização como pessoa e que apenas podem, excepcionalmente, ser relativizados⁸² quando em conflito com “outros bens constitucionalmente valiosos” (Canotilho, 1983, p. 479) que exijam, numa óptica de proporcionalidade e necessidade absoluta, a sua compressão.

O receio que subsiste é que estas exigências de conformação constitucional, de absoluto respeito pelas regras e limites à restrição de direitos seja, progressivamente, enfraquecida por uma elevação dos interesses da perseguição penal que tende a soçobrar barreiras intransponíveis da dignidade, tornando-se um direito cada vez mais pró investigação criminal e menos “um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais” (Andrade, 2006, p. 38). A verdade factual só pode ser obtida por via processual e judicialmente válida⁸³, através de absoluta observância dos dogmas constitucionais limitadores – art. 18.º, 27.º, 32.º, 34.º da CRP -, alguns deles com decalque directo no próprio quadro adjectivo por via das proibições de prova – art. 126.º do CPP -, mantendo-se, sem mácula, coeficientes de indisponibilidade que preservam a

⁸¹Palma (2006a, p. 12) alude a “uma área intangível da pessoa, expressão da sua dignidade, e que compreende o âmbito das relações consigo mesmo”.

⁸²Canotilho (1983, p. 479) fala-nos da existência de duas correntes antagónicas quanto a esta matéria: a primeira que defende a absolutização do núcleo essencial, fixando a sua delimitação e concretude, abrogando quaisquer intrusões “independentemente da valia dos interesses públicos com ele colidentes”. Por oposição diametral temos aqueles que pugnam por um conteúdo essencial relativizável, intangível e cuja prevalência ou cedência só pode fazer-se em cada caso concreto mediante “uma ponderação de bens e interesses concorrentes”. Os problemas ou augúrios menos favoráveis ao acolhimento desta última visão, mais funcionalista e positivista, é a de que esta equação ponderativa possa definir numa desvirtuação ou “relativização dissolvente dos direitos fundamentais”, dando-lhe cada vez mais um cunho de habituabilidade que infra valorará exigências de proporcionalidade e exigibilidade.

⁸³O que se pretende não é uma procura desenfreada e desbravada de uma verdade que nunca vai ter contornos absolutos de fidedignidade, antes uma verdade que se constitua como fonte de convencimento, como verdade provável que tenderá a redundar num desfecho condenatório quanto mais se aproximar da verdade factual. O que se pretende não é “verdade em si mesma mas a verdade processual e validamente obtida” (Rodrigues, 2010, p. 114).

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

tutela da dignidade da pessoa humana e que, em momento algum, podem ser subalternizados num processo penal que se quer justo e humanizado.

As leis restritivas, contrariamente às leis regulamentadoras ou concretizadoras, têm que obedecer a uma reserva de lei restritiva ou qualificada (Canotilho, 1983) que fixe objectivamente, com grau de determinabilidade e com “clareza normativa, o fundamento (Anlass), o fim e os limites da intromissão” (Andrade, 2009, p. 113).

Não se admitem, desde logo, compressões de direitos que a Constituição não autorize (função de proibição) ou reservas de lei geral (função de advertência) que viabilizem a compressão de direitos sem vinculação finalística e com ampla liberdade applicativa, ao arrepio das superiores exigências da comunidade⁸⁴ no campo da perseguição penal. Veja-se o exemplo paradigmático do art. 81 do CPPf que passamos a citar: “*Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge*”. Ora, esta prerrogativa merece-nos toda a censura por delimitar ilimitadamente o campo de acção e de intervenção do Juiz no desenvolvimento de todo e qualquer tipo de acções ou procedimentos de recolha de informações que ele prefigure como necessárias no âmbito da investigação.

Esta cláusula de indeterminabilidade concede margens discricionárias que no campo dos direitos fundamentais são inconcebíveis. Aliás, sobre esta questão veio o TEDH, no Ac. Vetter vs França⁸⁵, a julgar inadmissível a autorização de escutas

⁸⁴ Canotilho (1983, p. 468) fala-nos disto mesmo afirmando “que todas as limitações de direitos fundamentais devem encontrar o seu fundamento na Constituição, motivo pelo qual deve haver particular cuidado na aceitação de limitações não escritas (*ungeschriebene Grundrechtbegrenzungen*) (...) não bastando, por ex., que a protecção de um bem superior da comunidade justifique, através de um simples critério de ponderação de interesses ou bens (*Guterabwägung*), a limitação dos direitos fundamentais”.

⁸⁵ Neste sentido existe um sem número de decisões do TEDH relativamente a variados ordenamentos jurídicos europeus. E.g. Malone vs UK, de 02-08-84, Halford vs UK, de 25-06-97, Huvig vs França, de 24-04-90 (pelos mesmos motivos que o abordado supra), Kruslin vs França, de 20-04-90, Calogero vs Italia, de 15-11-96 por não fixar com precisão o alcance teleológico da norma e prazos para a sua materialização no que toca à apreensão de correspondência – secção 18 da Lei n.º 354/75, de 26 de Julho -, Contreras vs Espanha, de 30-07-98 por falta de concretização dos termos de utilização do instituto das escutas telefónicas no art. 579 do CPPE, em concreto, “*conditions regarding the definition of the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order, the nature of the*

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

telefónicas ambientais⁸⁶ por parte do *Juge de Instruction* com base nesse mesma disposição legal e nos art. 151.º e 152.º do CPPf, estes últimos respeitantes ao regime das escutas telefónicas na sua concepção tradicional, considerando-a insuficientemente precisa e parcamente regulamentada, exigindo uma “*précision particulière : dans ce domaine aussi, l’existence de règles claires et détaillées apparaît indispensable, d’autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner (...) [et]*

offences which may give rise to such an order, a limit on the duration of telephone tapping, the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations and the use and destruction of the recordings made”. Rematando esta anotação parece que o legislador espanhol se mostra resiliente à alteração proposta pelo TEDH sendo novamente declarada a violação do art. 8.º da CEDH, por compressão inadmissível da privacidade do visado por uma disposição pouco precisa e esclarecedora, *Abdulkadir vs Espanha*, de 26-09-06. Veja-se os n.º 2 e n.º 3 actuais do art. 579.º do CPPE para melhor percepção:

2. *Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*

3. *De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.*

⁸⁶ A talhe de foice o nosso ordenamento nesta matéria também nos parece pouco claro ao remeter no art. 189.º n.º 2 para os requisitos e formalidades do art. 187.º e 188.º. Desde logo, parece-nos que o legislador ficou um pouco aquém ao adoptar uma decisão parificadora entre as escutas feitas por intromissão nas telecomunicações e as escutas de comunicações entre presentes. O grau de intrusividade na esfera da vida privada são manifestas conquanto nestas últimas as “*reasonable expectations of privacy*” (no espírito da *common law - 4 amendment*) são muito maiores que nas comunicações mediadas por um operador de telecomunicações. Exigências maiores de proporcionalidade e restrição deveriam ter forçado o legislador a criar um regime mais apertado em termos de utilização desta ferramenta, com um catálogo mais exíguo e sobretudo com limitações materiais de aplicação a áreas puras de intimidade como o domicílio, aquilo que na jurisprudência do TCFA se designa por *grosse Lauschangriff*, grande escuta ou “grande devassa” (Andrade, 2009, p. 111). Aqui está umas das assimetrias do regime das escutas telefónicas quanto à subordinação e subsunção do potencial de devassa do instrumento às regras constitucionais da proporcionalidade. Já antes da revisão processual de 2007 Andrade (2005, p. 217) tinha alertado para esta grande diferença defendendo um reajuste normativo e a positivação negativa da impossibilidade de se fazerem escutas no domicílio. Um assunto que reataremos mais à frente.

doit offrir aux justiciables «des sauvegardes adéquates» contre les abus à redouter”, violando com efeito o disposto na CEDH no seu art. 8.º n.º 1 e n.º 2⁸⁷.

Esta clareza e precisão normativa reduz as margens de oportunidade e discricionariedade do aplicador e favorece a legalidade como “garantia jurídica de que os cidadãos se podem arrojar como defesa contra os arbítrios estatais” (Valente, 2004, p. 191). Como Gomes (2010, p. 146) a “lei é o limite e dá segurança”⁸⁸, permitindo ao cidadão o seu acesso (*accessibility*) e o seu alcance previewal (*foreseeability*).

Parafraseando Gomes (2010, p. 167) a “*norma há de ser suficientemente clara e indicar de manera adecuada a los ciudadanos en qué circunstancias y bajo qué condiciones estálas autoridades públicas facultadas para doptar determinadas medidas que restringen los derechos fundamentales de un ciudadano*”.

Esta exigência diáfana aplaca, não só, a oportunidade do recurso, como também, a oportunidade dentro do recurso, escamoteando subterfúgios ínvios de operância que favorecem o reforço contrafáctico dos direitos de defesa do arguido, que se presume

⁸⁷ **Artigo 8.º da CEDH**

(Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁸⁸ A autora Winter (2010, p. 166) reforça esta ideia dizendo “*la reserva de ley constituye un presupuesto formal del principio de proporcionalidade, y es consecuencia necesaria de la concepción del principio de legalidade en um Estado democrático de Derecho, que consagra el principio de la supremacia de la ley*”. Aliás, já Beccaria no seu tempo dizia (1998, p. 156) “que não há homem esclarecido que não ame os públicos, claros e úteis pactos de segurança comum, quando compara o pouco de inútil liberdade por ele sacrificada à soma de todas as liberdades sacrificadas pelos outros homens, que sem as leis podiam tornar-se conspiradoras contra eles”. Um verdadeiro tributo ao princípio da legalidade. Também Dias (cit. in Valente, 2004, p. 190) aplaude a legalidade pois “ela preserva um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e de tentações de parcialidade e arbítrio”.

inocente até ao desfecho da causa, de poder contraditar esclarecidamente a prova produzida contra ele.

Estas devem ser as formas prototípicas que o legislador (*interpositio legislatoris*) deve prosseguir, tomando, por base, a pauta axiológica constitucional e o grau de densificação normativo que esta impõe. É, neste sentido, que Roxin aponta (2009, p. 393) quando diz que “os meios de investigação que os avanços científicos e tecnológicos colocam à nossa disposição (...) dever[ão] ser minuciosa e fundamentamente regulamentado[s], com respeito pelos direitos de personalidade individuais, se quisermos evitar comportamentos de um Estado de Polícia”⁸⁹, sendo de abominar, sem

⁸⁹ Este é um domínio cada vez mais verificável no domínio da investigação onde o MP assume cada vez mais o papel de receptor passivo do inquérito, cada vez mais acantonado e distanciado das investigações, aquilo a que Pereira (2006, p. 229) apoda de “domínio punitivo altamente perverso” fruto de um certo “sedentarismo funcional das magistraturas” (Valente, 2008, p. 173), onde o JIC se inclui. Veja-se o exemplo um pouco empolado mas bastante elucidativo de Rui Pereira (2006, p. 229) quanto ao funcionamento do referido ‘domínio’: “ao abrigo de uma delegação genérica, é um OPC que constitui alguém arguido e realiza todos os actos de inquérito; alheado da investigação, o MP tenderá a concordar com os meios de obtenção de prova e com todas as medidas de coacção ou garantia patrimonial que lhe forem propostas; o juiz, igualmente estranho ao inquérito, deferirá o que lhe foi requerido e, no caso de crime grave (crime doloso punível com pena de prisão superior a 3 anos), aplicará a prisão preventiva; fundamentando-se a prisão preventiva na existência de fortes indícios, o MP deduzirá acusação, para a qual se requer a verificação de indícios suficientes; requerida a instrução pelo arguido, o juiz é «convidado» a pronunciá-lo, uma vez que o despacho de pronúncia concordante com a acusação é irrecorrível e poderá apaziguar as suas dúvidas pensando que fica adiada para a fase de julgamento a avaliação definitiva da responsabilidade; o juiz do julgamento, ciente de que houve despachos de vários magistrados que consideram haver indícios fortes ou suficientes, poderá presumir culpado o arguido, invertendo o princípio da presunção de inocência”.

Relativamente aos actos de polícia ensinam-nos Canotilho e Moreira (1993, p. 956) que os mesmos, “além de terem fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei, independentemente da natureza dessas medidas: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares (autorizações, proibições, ordens), medidas de coerção (...) ou operações de vigilância, todos os procedimentos estão sujeitos ao princípio da precedência de lei e da tipicidade legal”. Valente (2005a, p. 86) fala-nos no princípio da legalidade numa dupla dimensão: dimensão negativa equivalente ao princípio da prevalência da lei, i.e. “todos os actos da polícia tem de se conformar com as leis”; e, numa dimensão positiva, o princípio da precedência de lei que vincula a intervenção da polícia “de acordo e

prejuízo da independência evidente, da isenção expectável, da capacidade avançada de interpretação jurídica e da fidelidade absoluta à batuta constitucional por parte dos juízes, a destituição de marcos normativos ou de uma bussola jurídica norteadora que vincule todos, pois, a “Constituição consagrou um Estado de Direito Democrático e não um Estado de Juízes” (Canotilho, 1983, p. 306).

A estes caberá zelar pela fiel conformação constitucional e legal dos actos de investigação, não obstante ter, invariavelmente, que esboroar construções legislativas menos conseguidas, elucidativas e programáticas, cabendo-lhe o, duro e exigente, exercício de bloquear tudo o que sejam acções sem cabimentação jurídico-constitucional e jurídico-legal⁹⁰.

2.2. A proporcionalidade das normas legais restritivas à luz da axiologia constitucional

Aos desenhos típicos das normas que restringem direitos e liberdades fundamentais, deve anteceder um juízo penetrante no campo das cautelas já que, segundo Mouros (cit, in Pereira, 2010, p. 146) “para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais”. E é aqui que entra em cena o importante princípio da proporcionalidade – art. 18.º n.º 2 da CRP - ou, nas palavras de Canotilho (1983, p. 303), “princípio geral do direito de polícia”.

Este será um dos mais importantes princípios no que toca a matéria de restrição de direitos pois é com base nele que se definem os limites máximos de compressão atendendo aos direitos fundamentais que estão em colisão, aliás, nem seria possível

com base na lei ou com autorização desta”. A legalidade não suprime recortes de oportunidade que são necessários, aliás nem seria possível, mesmo seguindo um positivismo radical, legislar sem deixarmos espaços abertos. O que se pretende é, não contraindo a oportunidade, limitar o arbítrio e evitar que o ordenamento se transforme numa autêntica manta de retalhos.

⁹⁰ Canotilho (1983, p. 300) defende que a segurança jurídica que se impõe deve traduzir-se em lei com conteúdo inequívoco sendo que a “indeterminabilidade e a abertura de lei[...] deixa[rá] à administração amplos poderes de decisão adaptativa (...) [criando] cláusulas gerais [que] podem encobrir uma «menor valia» democrática”. No exercício legiferante que envolve questões de restrição de direitos esta é uma via de sentido proibido.

restringir direitos fundamentais⁹¹ em que um dos interesses colidentes tivesse natureza infraconstitucional – n.º 2 do art. 18.º da CRP.

Ressalta, desde logo, um princípio fundamental que é a previsão expressa da restrição por parte do texto constitucional, que, embora não tenha de ser directa (Canotilho&Moreira, 1993) tem que ser pelo menos “consentida, explicitamente ou implicitamente, pela Constituição” (Miranda, cit. in Valente, 2006, p. 169) ou, nas palavras de Canotilho e Moreira (1993, p. 151) “suficiente e adequada expressão”, podendo essa restrição ser especificada pela própria CRP – e.g. art. 27.º n.º 3, 34.º n.º 2 e 4 – vinculando qualificadamente o legislador, não lhe dando, portanto, qualquer margem de manobra quanto ao alcance a dar à norma, e não especificado – e.g. art. 26.º n.º 2 e 3, 35.º n.º 2 – permitindo ao legislador, depois do exercício ponderativo, proceder à sua concretização limitadora, procurando preservar sempre o núcleo essencial do respectivo direito⁹².

O princípio da proporcionalidade subdivide-se, tripartidamente, em adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito (Valente, 2006).

Ainda que o juízo de ponderação se faça numa óptica abstracta, contrariamente ao aplicador que deve renovar o exercício de proporcionalidade atendo-se às circunstâncias do caso concreto, e daqui resulta uma dupla operância do princípio fundamental, a assegurar no início e no fim a sua fiel obediência aos preceitos constitucionais.

O meio sobre o qual se vai legislar deve, portanto, ser adequado ou idóneo “à prossecução dos fins visado pela lei”, o mais exigível na medida em que se revela como um meio necessário a essa prossecução comportando-se como o meio “mais eficaz e

⁹¹ Nesta ponderação não entram apenas em colisão direitos liberdades e garantias podendo o conflito dar-se com outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Por isso é que é possível restringir direitos por exemplo na área da segurança interna – na prevenção de perigos e prevenção criminal que afloramos antes – de forma legítima ainda que as limitações sejam naturalmente maiores face à assimetria de grandeza com os direitos, liberdades e garantias – e.g. na área da perseguição penal.

⁹² Esta relação vinculada materializa uma pretensa e esperada “osmose entre o direito constitucional e o direito legal” (Canotilho, 1983, p. 491) imprescindível para que este último não descarrile perante tentações ou pulsares que apelam a um processo penal cada vez mais desformalizado e implacável no combate ao crime.

menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias” (Valente, 2006, p. 169) e, por fim, aquele que compatibiliza justa e proporcionalmente os efeitos restritivos aos fins pretendidos.

Esta tarefa, pese embora, com efeitos inacabados no que toca à aplicação proporcional da medida criada, essa apenas acessível ao aplicador - JIC, MP e OPC – a quem caberá fazer uma ponderação casuística e conformadora aos requisitos de aplicação da mesma⁹³, não deixa de ser imprescindível por residir nela uma ponderação objectiva dos valores ou bens jurídicos fundamentais que são postos em causa e, ao mesmo tempo, uma delimitação subjectiva do universo de pessoas que pode ser afectada pela medida, tudo em função do seu pendor de maior ou menor intrusividade, ofensividade ou danosidade social.

Só assim se conseguem delimitar espaços de acção da medida a universos proporcionais de criminalidade, fixar limites temporais de aplicação e prorrogação, se define a necessidade ou não de a sujeitar a uma reserva de controlo judicial (quanto às impostas constitucionalmente, como já vimos, existe uma ponderação qualificadamente vinculada, tendo portanto que ser decalcada positivamente), protecções especiais a dimensões de segredos e sigilos, e toda uma série de outras imposições requisitórias que assentam em critérios funcionais e de política criminal.

Como já assinalamos criticamente lá atrás, é comum haver nos ordenamentos desenhos típicos com assimetrias, descontinuidades, lacunas e imprecisões que, se evitados, constituiriam um verdadeiro colete-de-forças a usos abusivos ou desproporcionados, fatalmente enquadráveis no universo dos meios proibidos de prova nos termos da constituição e meios de prova processualmente proibidos.

É por isso que Antunes (2009, p. 745) refere que “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais [e que] as formalidades do processo são actualidades das garantias constitucionais”, exigindo-se por isso uma “estricta e minuciosa regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão” (Antunes,

⁹³ Veiga (2005, p. 186) fala-nos desta dualidade temporal no campo das ponderações arrazoando “que as restrições a direitos fundamentais (...) emerge[m] directamente do art. 18.º n.º 2 da Constituição e tanto se dirige ao próprio legislador, no plano das ponderações abstractas de valoração que subjazem à feitura das leis processuais, como aos aplicadores destas leis, no plano das ponderações concretas que subjazem aos actos das autoridades judiciárias (e portanto, necessariamente, também às que subjazem aos actos das entidades policiais)”.

2009, p. 745) fechando desta forma a porta “às manifestações arquetípicas e mais intoleráveis de violação das proibições de prova” (Andrade, 2009, p. 94).

Ora, centrando-nos no universo dos meios ocultos de investigação, esta exigência é ainda maior, por inerente a ela estar, à partida, uma danosidade mais acentuada a direitos fundamentais como a privacidade, a reserva da vida privada, personalidade e a liberdade de auto determinação.

Destrate, é de repriminizar colagens artificiosas, que se prendem com definições conceituais, que deixam muito a desejar do ponto de vista do seu fundamento sistémico-processual e político-criminal. É perfeitamente compreensível que ao abrigo do princípio da proporcionalidade se definam catálogos de crimes que estejam em frontal e manifesta simbiose com o grau de insidiosidade do meio de obtenção de prova. Seria, talvez, desrazoável e pouco curial exigir ao legislador que, para cada meio de obtenção de prova, o mesmo definisse um catálogo fechado e (quase) taxativo dos crimes possíveis de investigar⁹⁴, tendo para isso, de forma a facilitar a tarefa associativa, criado categorias previstas nas al. j), l) e m) do art. 1.º do CPP como a «criminalidade violenta», «criminalidade especialmente violenta» e «criminalidade organizada».

Quanto aos dois primeiros, pensamos que o fundamento teleológico até é facilmente entendível e aceitável circunscrevendo crimes cometidos dolosamente e que lesem bens jurídicos nominados – vida, integridade física e liberdade pessoal⁹⁵, liberdade e autodeterminação sexual e autoridade pública – com molduras penais abstractas de 5 e 8 anos, respectivamente.

Já no que tange ao conceito de criminalidade altamente organizada, esse já nos oferece algumas críticas de fundo, não sendo pioneiros na mesma.

⁹⁴ Um pouco à semelhança do que fez no RJAE, no seu art. 2.º, definindo um âmbito de aplicação bem delimitado por um elenco quase taxativo: de crimes, agrupamentos de crimes e agrupamentos de crimes com cláusulas delimitativas – e.g. «Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes».

⁹⁵ A aparente exclusão dos crimes contra a liberdade sexual na Lei 48/2007 é um exemplo paradigmático daquilo que foi um lapso evitável do legislador aquando do desenho do conceito, face a uma co-natural ligação nos bens jurídicos afectados e no nível de gravidade dos crimes. Andou bem e rápido o legislador de 2010 que, com a Lei 26/2010, de 30/08, veio integrar os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e ainda crimes que atentem contra a autoridade pública.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Pensamos que na *mens legislatoris*, que precedeu a definição de um catálogo fechado de crimes, estivesse subjacente um critério de elevada probabilidade daqueles crimes - «associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento» - se manifestarem de forma materialmente organizada, aliás, só assim se perceberia o recorte típico que surge, entretanto, indexado a outras medidas processuais alargando-lhe o seu espectro de aplicação, diminuindo a exigência na sua utilização ou criando restrições especiais⁹⁶.

Para além da crítica que lhe é apontada por Albuquerque, (2009, p. 43) da integração de crimes que nada têm de (altamente⁹⁷) organizado, ou que, pelo menos, não são, em regra, praticados com elevados níveis de organização, dando o exemplo da corrupção⁹⁸ e tráfico de influências que, comumente, não envolvem mais do que duas pessoas, considerando-o, com efeito, um conceito que vai “para além dos limites da Constituição (...) por violar frontalmente a *mens legislatoris* e a própria materialidade do conceito constitucional”.

Aliás, custa-nos a crer, com a maior das bondades, que exceptuando-se o crime de Associação Criminosa previsto no art. 299.º, naturalmente organizado por ser essa a

⁹⁶ E.g. art. 143.º n.º 4 - Primeiro interrogatório não judicial de arguido detido em que o MP goza da prerrogativa de vedar ao arguido o contacto com outras pessoas para além do advogado; art. 174.º, n.º 5 al. a) e art. 177.º n.º 2 al. a), ambos relacionados com condições especiais e menos exigentes para a realização de buscas domiciliárias e não domiciliárias; art. 187.º n.º 2 al. a) relativo ao regime das escutas telefónicas; art. 202.º n.º 2 al. c) e art. 215.º n.º 2 ampliando o universo de crimes onde é aplicável a prisão preventiva e o aumento da duração da mesma, respectivamente. Fonseca (2004, p. 446) diz-nos que “a «criminalidade organizada» é apresentada hoje como o «abre-te-sésamo» para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes”.

⁹⁷ O legislador vai ainda mais além dando-lhe uma propriedade aumentativa o que, logicamente, se deveria repercutir numa densificação maior dos níveis/exigências de «organização» e da elevada probabilidade de eles se verificarem nos crimes elencados.

⁹⁸ Repete-se também aqui o problema já frisado quanto ao RJAE onde a falta de concretização do tipo incriminador, não se ficando pela indicação genérica do crime (corrupção), dá aso a que crimes menores ou bagatelares (corrupção passiva para acto lícito) possam incorporar os *numerus clausus* em frontal violação com o princípio da proporcionalidade e da exigibilidade.

sua essência típica, presumir ou prever que os demais detenham essa configuração é algo que nos parece pouco defensável.

A ser assim, as inúmeras condenações que existem no nosso repositório jurisprudencial, envolvendo os restantes crimes, redundariam, com maior frequência, em condenações cumulativas pelo crime de Associação Criminosa, sendo que a experiência empírica neste campo vai num sentido completamente inverso. Talvez fosse mais equilibrado e proporcional redimensionar o conceito, reconduzindo-o a uma cláusula geral de aplicação a todos os crimes em que se confirmasse, casuística e objectivamente, níveis de organização integráveis no alcance teleológico da norma, sendo para isso necessário que se densificasse normativamente o conteúdo político-processual de «altamente organizada»⁹⁹.

Não o fazendo, mantendo o edifício arquetípico vigente, arriscamo-nos, por via directa da aplicação da cláusula fechada, a cometer verdadeiros abusos e compressões casuísticas imponderadas na falange dos direitos e liberdades fundamentais, limitando, por outro lado, a sua aplicação legítima a outras tipologias criminais que, invariável ou ocasionalmente, se podem manifestar de forma organizada. Manter o que está afronta, não só, princípios e garantias constitucionais, como posterga linhas de política criminal.

2.3. A reserva judicial como primeiro bastião da legalidade. O MP com um *status activus processualis*

Outro princípio que é de extrema relevância é o princípio de reserva judicial, que é transversal nos meios de obtenção de prova mais abrasivos para os direitos fundamentais e que coloca sobre os ombros do juiz das liberdades e garantias a incumbência de sindicar as propostas que lhe são feitas, neste âmbito, pelo MP, decidindo sobre a sua legitimidade e proporcionalidade.

Há neste quadrante duas correntes sobre a leitura que deve ser feita da hermenêutica constitucional na fixação funcional desta reserva. Uma mais radical ou

⁹⁹ A não ser que se deva interpretar diferentemente o conceito numa óptica de rede criminosa ou organizada, aparentemente com menor carga ou exigência densificadora. Segundo Albrecht (2010, p. 76) “o conceito da criminalidade organizada tem vindo a ser, nos últimos 10 anos, substituído cada vez mais pelo termo rede criminosa, o qual mostra uma carga menor”.

absoluta, que defende que toda e qualquer restrição de direitos deve ser exclusividade do JIC, ressalvadas as situações de «perigo na demora», podendo aí o MP ou OPC assumir o juízo de ponderação. Por exemplo, Andrade (2009, p. 117) defende a sua aplicação, sem excepção, a todos os casos que envolvam meios ocultos de obtenção de prova “por se tratar de medidas cuja danosidade é certa (e drástica) e cujas vantagens são incertas e aleatórias” havendo uma necessidade de se assegurar uma “tutela preventiva dos direitos (...) de uma pessoa (normalmente o arguido) exposta à invasão e à devassa e sem qualquer possibilidade de assegurar a sua própria defesa”, necessidade essa assegurada por uma entidade neutra e independente (contrariamente ao MP assim parece)¹⁰⁰.

O JIC assumirá, com efeito, uma representação compensatória, defendendo os interesses e direitos do arguido que durante a fase de inquérito tem a sua capacidade de defesa diminuída e que se deve presumir, até ao fim do processo, como inocente – art. 32.º n.º 2 da CRP¹⁰¹.

A segunda corrente, mais relativa, defende que, apenas caem na esfera de reserva judicial, as restrições de direitos que o legislador constitucional objectivamente fixou ao Juiz – e.g. art. 32.º n.º 4, 34.º n.º 4 (este por remissão indirecta ao art. 32.º n.º 4) – enquanto que as demais, em que é feita referência a «uma ordem de autoridade judicial competente» “poderá ser o magistrado judicial ou o magistrado do MP no exercício das suas competências (isto é, no inquérito) (...) de acordo com a

¹⁰⁰ Teixeira (2006, p. 68) postula uma ideia diferente defendendo que o MP, embora mantendo uma relação de dependência de “índole institucional-administrativa” com o executivo, mantém um reduto de independência funcional que lhe confere “objectividade e imparcialidade”. O autor, citando Jescheck (cit. in Teixeira, 2006, p. 69), alvitra que “o nosso MP terá de ser visto como uma autoridade que pensa e age segundo categorias tipicamente jurisdicionais”. Julgamos que esta visão tenha claro acolhimento no pensamento do legislador ao atribuir-lhe competências processuais originárias – direcção do inquérito, arquivamento/acusação, actos instrumentais de investigação (e.g. buscas não domiciliárias, mandados de detenção) – que o distanciam cada vez do perfil de parte e o aproximam progressivamente de um verdadeiro sujeito processual.

¹⁰¹ Esta ideia é também acompanhada por Antunes (2009, p. 745) que defende “um estrito controlo judicial de todos os órgãos do Estado (...) [sempre] que a actividade se prenda com garantias constitucionais”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

consideração sistemática de que o legislador constitucional utiliza linguagem mais incisiva quando se refere a juiz” (Pereira, 2005, p. 227).

Conscientes das cautelas, somos de acompanhar, em parte, esta última linha de pensamento, designadamente, aquela que parece intuir uma leitura hermenêutica e sistémica da mosaico constitucional, no sentido de não atribuir em absoluto ao JIC o controlo de todos os actos que, no processo penal, restrinjam direitos fundamentais, sendo, no entanto, de se manter a vinculação qualificada a todas as restrições que o legislador entendeu atribuir expressamente ao juiz¹⁰², repristinando-se extensões conceituais que ampliem infundadamente a teleologia constitucional.

Sugerimos que se continue a seguir um princípio de fragmentariedade, havendo margem para que o MP, o responsável pelo inquérito, “pré-instrução ou instrução preparatória” (Ac. TC 7/87)¹⁰³, detenha competências marginais para restringir

¹⁰² Entendemos por exemplo que nem todos os espectros do sigilo das telecomunicações - pelo art. 34.º n.º 1 da CRP – mereçam a mesma tutela preventiva, *in fine* do JIC, por apresentarem níveis de compressão de direitos fundamentais assinalavelmente distintos, merecendo protecções diferenciadas à luz do princípio da proporcionalidade. Aliás, pese embora o legislador constituinte agrupe o domicílio, o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada, contrariamente ao primeiro para o qual prevê uma expressa reserva judicial (n.º 2), para os demais (n.º 4) remete para a lei criminal, induzindo aqui alguma latitude para que procedam a possíveis e ajustados escalonamentos processuais.

¹⁰³ Este foi o Acórdão que julgou não inconstitucional o normativo que coloca a direcção do inquérito a cargo do MP. Fazendo-se uma visão actualista e desprendida do processo penal inquisitório, é ao MP que cabe desenvolver as diligências de inquérito conducentes ao *thema decidendum*, decorrendo daí uma natural e necessária transferência de poderes, inclusivamente no campo das restrições de direitos fundamentais, sendo harmonizável com a tarefa originária do juiz das liberdades e garantias em sindicarem diligências que possam comprimir acentuadamente os redutos fundamentais. Em sentido contrário segue Rodrigues (2008a, p. 206) que defende uma judicialização absoluta de todo e qualquer tipo de intromissões nos direitos fundamentais, referindo-se em particular a matéria de ingerência nas telecomunicações. Aliás, o mesmo autor, amarrado nesta linha de pensamento, milita pela inconstitucionalidade do art.º 252-A do CPP por duas grandes ordens de razão: por se poder fazer “ao arrepio de um processo-crime (...) e ao arrepio da intervenção do JIC” (Rodrigues, 2008a, p. 228), escusando-se todavia em aprofundar a sua fundamentação ao abrigo de um eventual estado de necessidade (preventivo ou defensivo) que justificaria essa intromissão face à manifesta superioridade dos bens a salvaguardar (o art. 174.º n.º 5 al. a) segue filigramicamente esta pretensão do legislador, estando em causa, igualmente, um bem jurídico inviolável – art. 34.º n.º 1 e 2).

excepcionalmente direitos fundamentais¹⁰⁴ – vide a título exemplificativo a possibilidade de autorizarem buscas não domiciliárias (art. 174.º n.º 3), ordenarem a detenção fora de flagrante delito (art. 257.º n.º 1), quebra do sigilo bancário (art. 78.º e 79.º n.º 2 al. d), do RGICSF), acesso da bases de dados pessoais informatizadas¹⁰⁵, entre outras. Não se pretende, com isto, inverter o paradigma de controlo judicial ou o sistema de garantias constitucionais, antes lê-lo à luz das heurísticas e hermenêutica constitucional actuais, conferindo ao MP um *status activus processualis* nesta matéria.

2.4. Analogia e atipicidade no quadro dos meios de obtenção de prova

Atentando a tudo o que acabámos de escarpelizar será, então, possível a integração atípica de meios de obtenção de prova no ordenamento jurídico?

Será possível proceder à superação da lacuna legal por via de raciocínio analógico?

A nossa resposta tenderá a ser, maioritariamente, negativa, sem prejuízo de existir uma porta legal aberta, que resulta de uma leitura articulada entre o art. 29.º n.º 3 da CRP, que, apenas, veda a aplicação analógica no direito penal substantivo, e que é confirmada depois, positivamente, pelo art. 4.º do CPP, que viabiliza a integração de

¹⁰⁴ Existem até competências neste âmbito atribuídas aos OPC a quem as investigações são delegadas, levando-as a cabo de forma precária por impossibilidade de serem assumidas pelo MP (e excepcionalmente pelo JIC no caso das buscas nos termos do art. 174.º n.º 5), e.g. a emissão de Mandados de Detenção fora de flagrante delito nos termos do art. 257.º n.º 2.

¹⁰⁵ Neste sentido destaque para a decisão do TC que, no Ac. 213/2008, considerou que o interesse público de descoberta da verdade em sede de investigação criminal pode legitimar a quebra da confidencialidade dos dados pessoais de terceiros (art. 35.º n.º 4 da CRP), desde que respeitado o regime de restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18.º da CRP). Com efeito o TC afirma que “o interesse público constitucional da realização da justiça penal justifica a afectação da privacidade em zonas distantes do seu núcleo mais íntimo”, num caso em que estava em causa a “admissão e valoração de provas documentais relativas a listagens de passagens de um veículo automóvel nas portagens das auto-estradas, que foram registadas pelo sistema de identificação da «Via Verde», armazenadas numa base de dados informatizada e ulteriormente juntas ao processo criminal, sem o consentimento do arguido e por mera determinação do Ministério Público” – merecendo confirmação constitucional.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

lacunas por aplicação subsidiária das regras do CC – art. 10.º - obrigando o intérprete e aplicador a superar as omissões do sistema por via de um esforço legislativo casuístico, orientado pelo espírito do sistema – *ex vi* art. 10.º n.º 3 do CC.

Na ausência plena de disposição regulamentadora, parece-nos que deixar a solução nas mãos do intérprete será criar um campo de discricionariedade demasiado aberto à disponibilidade subjectiva do mesmo que, sem prejuízo da sobrelevada capacidade do juiz, irá certamente redundar em decisões multidimensionais com pontos de convergência, é certo, mas também com nódulos dissidentes.

Parece-nos de difícil transponibilidade o princípio da reserva de lei (expressa e qualificada nos termos da CRP) que, à semelhança da tipicidade, desempenha um papel importante na promoção de um ordenamento matizado pela sua transparência e rigor procedimental, sobretudo no campo dos direitos – *maxime* direitos de defesa, numa fase onde, estes últimos, estão particularmente comprimidos e o contraditório está manifestamente mitigado.

Será pois de considerar inadmissível a analogia nestes casos por flagrante incompatibilidade com o princípio da legalidade, “requisito número um para a regulamente [e sobretudo restrição] de direito[s] fundamenta[is]” (Gomes, 2010, p. 152), ganhando, ainda, maior consistência e razão de ser quando falamos de meios ocultos de investigação, onde a serendipidade é sintomática, exigindo-se com efeito uma maior cautela.

Andrade (2009a, p. 542) tem sido um acérrimo defensor da ilegitimidade de utilização e valoração dos resultados provenientes da utilização de meios de obtenção de prova sobre os quais existe um vazio ou silêncio da lei, censurando os Tribunais Superiores alemães que têm, num passado recente, inflectido a sua posição nesta matéria, opondo-se frontalmente a “uma credenciada corrente doutrinal (...) sustentando a admissibilidade das medidas e a legitimidade da valoração das provas com ela alcançadas, (...) com base num conjunto de argumentos que se podem sintetizar em razões de índole criminalística, de natureza formal e de carácter material-teleológico”. A analogia é uma via perigosa de superação sendo, amiúde, utilizada como argumento favorável à integração e à convergência no resultado.

O resultado até pode ser típico, agora o percurso comporta uma extensão atípica, que poderá ser decisiva para um desenho regulamentar, mais ou menos, exigente atento o seu grau de ofensividade ou devassa. Não é, pois, bastante o escrutínio destas formas

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

atípicas de obtenção de prova, com base num juízo de ponderação, apoiado numa escala ou graduação de gravidade, quando os preceitos constitucionais obrigam que seja feito um esforço mental de decomposição jurídica que permita delimitar a “medida de compressão dos direitos fundamentais, fixar a sua compreensão, extensão e vinculação finalístico-teleológica, bem como definir os seus limites” (Andrade, 2009a, p. 541).

Esta é, pois, uma tarefa de extrema exigência, que não poderá recair sobre os ombros dos muitos juízes que se vão deparar e debater com este tipo de questões.

A autora Robalo (2013, p. 90) defende uma solução intermédia, advogando a possibilidade de se recorrer à analogia quando estejamos perante meios de obtenção de prova sobre os quais se “conclua pela não restrição de direitos, liberdades e garantias, não haverá razões para se afastar a aplicação analógica”.

Seria uma solução de fácil aceitação pela inexistência de comando constitucional vinculativo – art. 18.º n.º 2 da CRP - que obrigasse a expressa confirmação legal do meio. Agora, o que foge à nossa compreensão, é a existência de meios de obtenção de prova destituídos de veia compressora quando a insidiosidade, maior ou menor, é uma característica intrinsecamente transversal a todos eles.

Por outro lado, e adoptando uma visão relativa da interdição da analogia no que toca a normas que restrinjam direitos fundamentais, *in fine* no quadro dos meios de obtenção de prova, admitimos que se corre um risco suportável ao deixar ao legislador uma margem de discricionariedade, tendo em vista a superação de pequenas lacunas, omissões e até aparentes assimetrias do legislador no desenho típico das normas.

Aliás, é graças ao labor da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência que se depuram questões menos claras, menos esclarecidas e menos conseguidas por parte do legislador permitindo, futuramente, o seu acerto¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Veja-se por exemplo o Ac. do STJ de 14-07-2010 que veio trazer um entendimento teleológico diferente ao que aparentemente ressalta da interpretação do art. 189.º do CPP no que tange ao acesso a dados de tráfego e a necessidade de uma prévia autorização do JIC, derogando um entendimento pretérito daquela instância sobre esta matéria – *vide* Ac. do STJ de 20-09-2006. Ora, aquele venerando Tribunal vem dizer que a intenção do legislador era conferir aos dados de tráfego uma equivalência funcional às escutas, e com isso as mesmas exigências prescritas pelo art. 187.º e 188.º, que cessava a partir do momento em que a comunicação findava sendo a partir daí acessíveis por estarem fora do chapéu-de-chuva do direito à inviolabilidade nas telecomunicações – art. 34.º n.º 4. Citando um trecho do referido aresto “Estes dados - mensagens enviadas ou recebidas, a lista telefónica dos contactos,

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

O trabalho do intérprete é, pois, essencial para que, regimes menos consolidados ou amadurecidos, possam entretanto refinar-se, arrumar-se e até superar questões materiais de inconstitucionalidade¹⁰⁷, evitando-se resultados que possam definir em autênticas proibições de prova.

chamadas recebidas e atendidas, chamadas recebidas e não atendidas, chamadas efectuadas ou outros dados que sejam guardados no telemóvel (seja na memória do cartão ou do próprio telemóvel) - devem ser revelados e não se torna necessário que essa revelação seja precedida de autorização do juiz de instrução, já que não se trata aqui de qualquer dado ou comunicação em transmissão, mas apenas um certo dado que se encontra guardado num certo suporte: o telemóvel ou o cartão de memória. Pese embora concordemos parcialmente com o resultado final da decisão, de uma cobertura/protecção legal distinta das escutas à face do princípio da proporcionalidade, e portanto de mais fácil acesso, parece-nos que a decisão peca por incipiente. Esta decisão, entretanto acompanhada por uma decisão recente do TRE, Ac. 07-04-2015, poderá abrir portas a interpretações extensivas ao regime da cibercriminalidade no que toca ao acesso a dados contidos/guardados em suporte digital (CPU, *pen disk*, discos rígidos portáteis) inocuizando-se a pretensão (etérea) de controlo judicial desde tipo de dados sempre que se presume que estes possam conter informações da vida íntima do visado – art. 16.º n.º 3. Está bem de ver que a norma referida peca por ser infeliz por não ser fixadora de uma presunção absoluta, antes maleável, que coloca nas mãos de outro figurino (OPC parece-nos), depois de autorizado o acesso, a incumbência de um despiste inicial dos conteúdos armazenados. É assim preferível que, à cautela, ou se define o acesso exclusivo por parte do JIC aos conteúdos ou então, optando por uma via mais permissiva, admite-se o acesso por parte do MP (materialmente executado pelo OPC), depois da autorização judicial. Manter-se o actual corpo da norma não assegura com efeito a protecção e garantia especial que o legislador lhe quis conferir, distanciando-se com efeito dos dados de conteúdo armazenados em telemóveis e meios de comunicação afins susceptíveis de conter menos informação (quantitativa e qualitativa), dispensando pois um controlo prévio por parte do JIC, apenas a sua autorização no acesso. Em sentido manifestamente contrário vai Rodrigues (2008, p. 83), ancorando-se na posição fixada pelo TEDH no caso *Malone vs UK*, defendendo uma “extensão material (...) e temporal” da inviolabilidade da comunicação, adscrevendo a sua violação apenas ao JIC.

¹⁰⁷ Salta-nos à vista por exemplo o desnivelamento de exigência que existe entre as escutas telefónicas e as escutas ambientais mas que à luz do actual regime têm uma relação parificada. Estaremos porventura diante de situação de inconstitucionalidade material à luz do princípio da proporcionalidade que acarretaria desde logo o encurtamento do catálogo de crimes, pequenos acertos nas formalidades das operações e um reacerto dos limites subjectivos de aplicação. Aliás, é neste sentido que podemos ter, veja-se só, o registo de voz-off que traduz nada mais do que a captação de conversações ambiente através do canal de comunicações que entretanto não foi encerrado pelo utilizador, por esquecimento, e que permite a «observação» de uma conversa ambiente, essa desprovida da tutela de protecção

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Temos, ainda, alguma margem para admitir inserções atípicas, por via da analogia ou por pura via atípica, quando o meio em questão tenha uma dimensão bem confinada que permita, com efeito, uma delimitação bem objectiva dos valores fundamentais em causa e igualmente subjectiva relativamente às pessoas visadas pela compressão.

De aditar, ainda, que estas restrições têm, indubitavelmente, que estar bem distantes do núcleo essencial do direito fundamental comprimido, definindo-se, assim, como pequenas restrições (maioritariamente pesquisas/pedidos de informações de dados pessoais) – e.g. pedido de informações sobre as passagens na Via Verde, elementos fiscais ou segurança social¹⁰⁸, controladores de velocidade, facturação eléctrica, imóveis, pacotes televisivos, etc.¹⁰⁹. Estamos a falar, portanto, de dimensões de

adjectiva e material das telecomunicações, mas que devia, inquestionavelmente, ter uma tutela mais apertada no capítulo da privacidade. Neste sentido distintivo veja-se o exemplo do CPPa que faz uma distinção clara entre aquilo que é observação nas telecomunicações (escutas como as conhecemos no nosso código) - § 100a e 100b do CPPa – e observações acústicas em divisões habitacionais («*permises*») - § 100c e 100d do CPPa – ou fora delas - § 100f do CPPa, sendo muito mais exigente e limitativo no recurso a estas últimas duas por serem mais susceptíveis de afrontarem o núcleo de intimidade das pessoas - «*corn sphere or area of intimacy*» - seguindo à risca a teoria das áreas concêntricas de privacidade – art. 2.º n.º 1 da Constituição alemã, «*personal freedoms*» - que foi inicialmente desenvolvida pelo TCFa num aresto de 1973 e que segmentava a privacidade em 3 anéis mais ou menos delimitados – *corn sphere* (protecção absoluta); *privacy sphere* (sujeito a compressões estaduais numa lógica ponderativa de proporcionalidade); *social sphere* (referente à “extensa e periférica área da vida normal de relação (Andrade, 2006, p. 96)). Há quem defenda na nossa doutrina (Rodrigues, 2008, p. 251) uma cisão simples deste *right to privacy* em “esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) (...) e esfera privada simples (relativamente protegida, podendo ceder em conflito com outro interesse ou bem público)”. O nosso TC nos Ac. 607/2003 e 442/2007, acompanha de perto a primeira teoria diferenciando níveis de intrusão na privacidade.

¹⁰⁸ Poder-se-ia talvez fazer uma analogia ao sigilo bancário que actualmente pode ser derogado por despacho do MP ainda que nos pareça que estes sejam merecedores de uma maior tutela preventiva por fornecerem autênticos retratos das rotinas dos clientes.

¹⁰⁹ Isto são tudo matérias que com as quais a CNPD lida de perto e onde existe algum anacronismo na cedência destes dados por parte das entidades que as possuem. Por exemplo as Finanças, a Segurança Social, as operadoras de telecomunicações e a EDP não levantam problemas de reserva e cedem facilmente estes dados aos OPC e MP; por sua vez a Via Verde exige que o pedido seja oficializado por uma autoridade judiciária escudando-se no direito e confidencialidade das bases de dados pessoais e à

obtenção direccionadas, em que a preocupação, irá centrar-se sobretudo na qualidade e quantidade da informação solicitada, de modo a evitar que esta se aproxime de níveis críticos de insidiosidade para a reserva da vida privada, privacidade e personalidade do visado.

Pensamos que o art. 125.º do CPP não deve ser lido nem na literalidade, criando domínios de aceitação plena de novos meios de produção de prova, nem no radicalismo de abominação absoluta, expurgando tudo o que sejam inovações atípicas. Elas serão cada vez mais exíguas se o legislador (ordinário) reformador fizer um trabalho exaustivo¹¹⁰, com arrimo, esgotando todas as vias onde perdura um vazio jurídico, exaurindo ao máximo os palcos de problematização que recaem sobre o intérprete.

A liberdade prosseguida deve ser a liberdade na legalidade, e essa, exige um esforço de compatibilização e concordância prática capaz de evitar o florescimento de um processo penal hermético, letárgico e sem soluções, ou um processo penal enviesado, que contorna a cartilha constitucional e que ofusca o cidadão.

Chegados aqui, depois deste longo excursus teórico, cabe-nos problematizar o recurso à geolocalização no processo penal mediante recurso ao GPS.

Para isso, tomaremos como referência comparativa o instituto positivado da localização celular previsto nos art. 189.º n.º 2 e 252-A.º, ambos do CPP, por se

restrição de direitos inerente, seguindo um parecer da CNPD. Falamos de anacronismo por nos parecer, à primeira vista, que os elementos informacionais que a Via Verde poderia facultar sejam merecedores de maior protecção que, e.g., os dados fiscais, estes últimos quiçá, face ao actual funcionamento, mais globalizado e com muito mais informação, possam merecer uma protecção maior. Neto (2011, p. 324) critica a *ratio decidendum* do TC, no Ac. 213/2008, por considerar que os dados em causa, ainda que afastados do núcleo mais íntimo da vida privada, cotejando nesta parte a visão do Tribunal, devem ser tratados como dados sensíveis nos termos do art. 35.º n.º 3 da CRP, exigindo a intervenção judicial como “garante das posições jurídico-subjectivas dos cidadãos”.

¹¹⁰ Relembrar nesta sede as palavras de Novais (cit. in Ac. 486/2009 do TC): “*Sendo a determinabilidade normativa um elemento essencial das garantias de Estado de Direito proporcionadas pela reserva de lei, nela há uma clara dimensão competencial que se traduz, no fundo, por saber, em função da densidade da regulação a quem é atribuída a última decisão sobre a afectação do direito fundamental: ou ao legislador, quando a lei restritiva está suficientemente determinada – o que, no caso, equivale grosso modo a dizer que ela cabe aos órgãos nacionais democraticamente legitimados ou se ela cabe à Administração ou ao poder judicial, quando a densidade exigível escasseia.*”

presumir que ambos conduzam ao mesmo resultado típico – localização geográfico-espacial do arguido.

É nosso ensejo esboroar essa aparente similitude, procurando colocar ao descoberto pontos de convergência lógico-funcionais, potencialidades compressoras no quadro dos direitos fundamentais, lógicas de inclusão ou exclusão no direito positivo e eventuais necessidades de reajustamento sistémico-processual.

Para isso socorrer-nos-emos de contributos vários na dogmática e jurisprudência, nacional e internacional, que abordam esta temática bem como perscrutaremos especificidades, no espectro técnico, necessárias à definição de um palco de discussão com dimensões de coerência e ajustamento jurídico.

Como já antes salientámos, o desconhecimento das potencialidades e valências técnicas de uma determinada tecnologia leva a que o legislador cometa falhas de ajustamento e regulamentação jurídica por estar alheado das verdadeiras implicações que o seu uso tem no mundo real e, conseqüentemente, no mundo dos direitos.

Só através do estabelecimento de vasos comunicantes será possível densificar com rigor e precisão a sua extensão e limites no processo penal sob pena de, negativamente, criarmos registos de utilização desproporcionais à virtual virulência do meio nas esferas individuais dos afectados, pugnando assim por um Estado de “mãos limpas” na designação de Radbruch (in Andrade, 2006, p. 73).

3. Dimensões técnicas da localização celular e localização por GPS

Interessa pois perceber qual o grau de precisão que ambas as modalidades de localização permitem obter para que se possa aferir do grau de compressão que estas têm sobre a esfera de privacidade do visado, já que é sobre a liberdade ambulatoria e, conseqüentemente, domínio da vida privada, que ambas as técnicas produzem o seu efeito erosivo, corroendo, nas palavras do TCFa (cit. in Andrade, p. 71), a “disponibilidade sobre si próprio”.

É nossa intenção desmistificar ideias pré concebidas e erráticas que redundam em afirmações quase canónicas, cheias de certezas, mas destituídas de realismo.

Sem entrarmos num *iter* exageradamente técnico, procuraremos de forma fragmentária, perfunctória, mas elucidativa, esperamos nós, descrever a forma de funcionamento de cada um dos métodos de localização.

A localização celular é obtida através de um sistema de antenas de transmissão de ondas rádio designadas por BTS (*Base Transceiver System*) que disponibilizam canais de onda, para que o tráfego comunicacional se possa fazer, sendo essa comutação assegurada e gerida por uma BSC (*Base Station Controller*) à qual estão alocadas várias BTS's. Ora, cada uma das BTS's dispõe de uma área de cobertura que poderá ser omni-direccional (cobrindo um raio de 360.º graus) ou sectorizada (normalmente em 3 (120.º) ou 4 sectores (90.º) de forma a permitir um fornecimento mais limpo do canal de onda dependente do posicionamento do transmissor móvel) – *vide* figura 1.

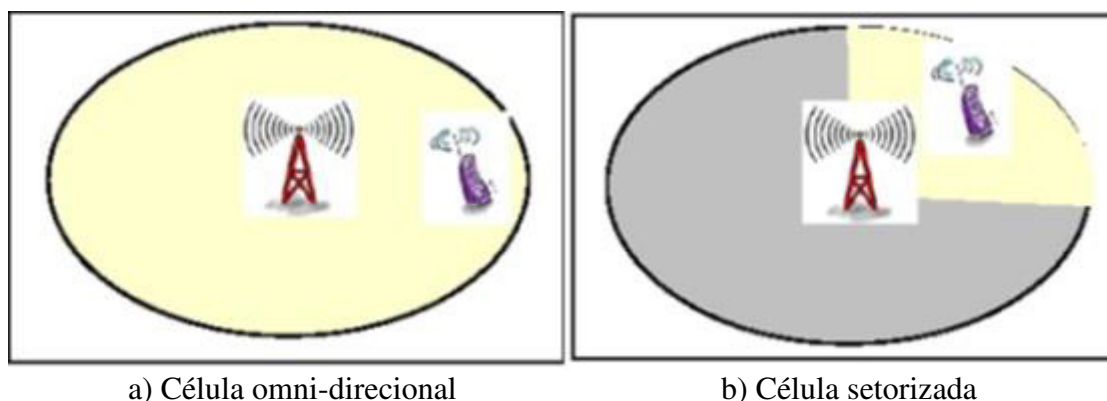


Figura 1 - Tipologias de BTS's (Broering, 2010, p. 29)

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

As BTS's, de acordo com a disponibilidade de banda e a intensidade do sinal (dependente das condições ambientais que poderão atrasar o sinal) emitido pela MS (Mobile Station – telemóvel), procedem à cedência do canal, reencaminhando o sinal à BSC, que tratará de estabelecer a ponte com a BSC responsável pela BTS onde se encontra o receptor da chamada.

As BTS funcionam numa lógica de mosaico, com áreas de cobertura parcialmente sobrepostas - *vide* figura 2 - para facilitar o processo de transferência de sinal, em caso de sobrelotação do canal ou deficiência no sinal, podendo ter um raio maior ou menor face tipologia de área que cobrem – urbana (50 – 300mts) ou rural (pode ir até aos 20 km) (Pratas, 2009, p.10).

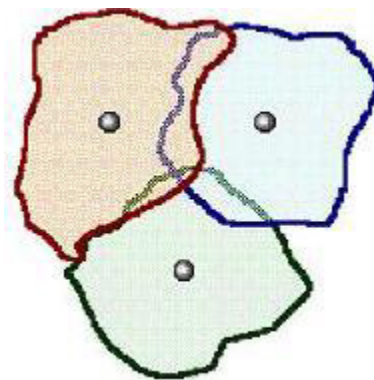


Figura 2 - Zonas de cobertura das antenas BTS (Broering, 2010, p. 22)

O processo de localização resume-se ao fornecimento do CGI (*Cell Global Identity*), que é, basicamente, o código identificativo da antena que captou o sinal da MS, normalmente a que está mais próxima daquele, e que nos permite obter a localização da mesma através dum *software* apropriado, já com codificações individualizadas para cada antena, ou então, numa forma mais prosaica, fornecendo as coordenadas de latitude e longitude da antena para depois serem inseridas num mapa (e.g *Google maps*).

Ora, a única localização exacta (denominada por *Cell-id*) que temos corresponde à antena de telecomunicações que nos dará uma área, mais ou menos, extensa conforme o raio de cobertura da antena – urbana ou rural – e o tipo de antena captadora – omni-direccional ou sectorizada. A título exemplificativo, se a antena fornecedora do sinal for uma antena omni-direccional, que irradia o mesmo sinal em todas as direcções do raio

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

de cobertura, e se esta estiver a cobrir uma zona rural com imaginemos 10 km de raio, a MS poderá localizar-se numa área de 314 km² (presumindo a regularidade dum círculo perfeito – Área = $\pi * r^2$) correspondente à totalidade da área de cobertura.

A diferença (significativa) das antenas sectorizadas é, como o próprio nome indica, delimitar a área de cobertura da antena, sendo tanto menor conforme a proximidade entre antenas. É por isso que na melhor das hipóteses, a variação da precisão pode variar, em absoluto, entre “100mts e 20km” segundo Broering (2010, p. 28) e, em média, “243-248mts para locais urbanos e 755-785mts para áreas rurais” segundo Cordeiro (2009, p. 7).

Esta variação pode ser encurtada se o sistema de BTS estiver provido de um equipamento de cálculo algorítmico, o AoA (*Angle of Arrival*) que permite às mesmas fazerem um cálculo estimativo do ângulo daquela à MS, ou o ToA (*Time of Arrival*) que permite fazer uma estimativa de distância entre aquela e a MS¹¹¹, através do tempo de resposta a um impulso da BTS, visando ambas uma redução substancial da área provável onde a MS se encontra. Este cálculo, será tanto mais preciso quanto o número de BTS envolvidas no processo e a desobstrução do feixe de emparelhamento.

Limitador será sempre o número de BTS, cujas áreas de cobertura abarquem o sinal da MS, raramente em maior número que 3 e mais comum em áreas urbanas onde a malha de antenas é mais condensada (Broering, 2010). Veja-se e.g. o cálculo trigonométrico retratado na seguinte figura.

¹¹¹ No Ac. do STJ 08-01-2014, aquele venerando fala-nos de um rigor científico que é atingido por esta técnica de cálculo, afirmando assim que “a localização celular tem rigor científico, a partir da medição do tempo entre a transmissão pelo telemóvel e a receção do sinal pelas antenas da “BTS”, torre onde as antenas estão orientadas para um azimute, de acordo com a região que se deseja irradiar pelo sinal, sendo então estimada a distância celular a essa torre, pelo que cruzando os dados e por um sistema de triangulação é possível chegar a uma localização muito aproximada do telemóvel a localizar, em média não superior a 250 metros para as zonas urbanas e 800 para as zonas rurais”. Como já vimos isto não é o que acontece pois o sistema de BTS’s não está equipado com esta tecnologia e mesmo que estivesse temos dúvidas que 250mts de desvio fossem uma demonstração de precisão.

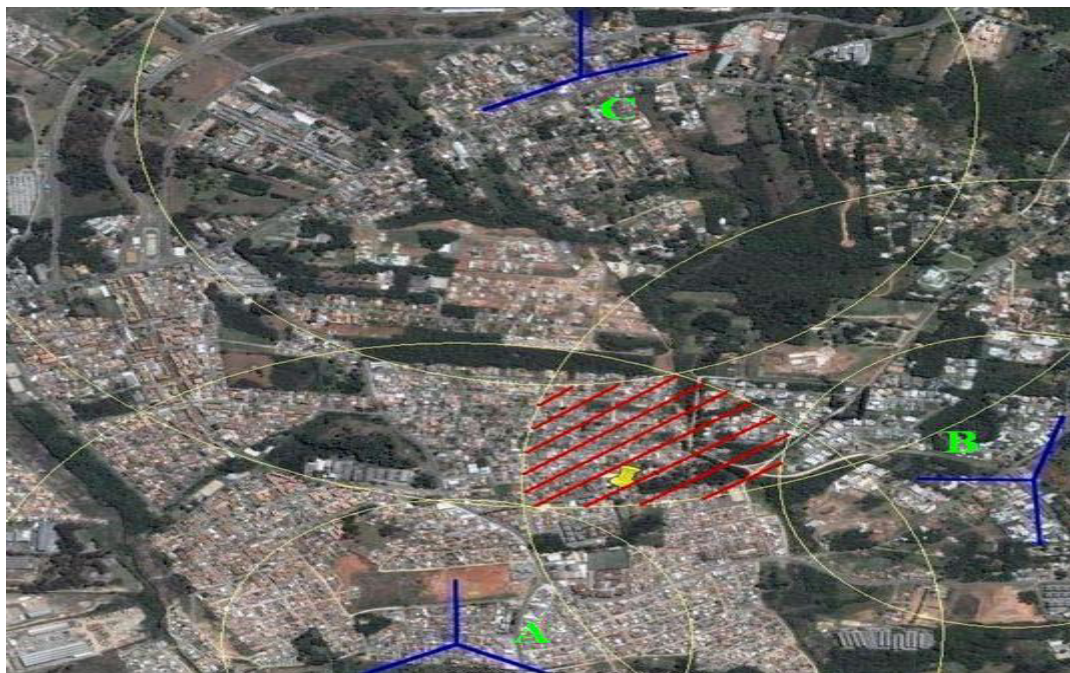


Figura 3 - Análise trigonométrica entre 3 antenas BTS (Cordeiro, 2009, p. 8)

O único problema neste sistema é a determinação estimada do ângulo ou do tempo entre a BTS e a MS que poderá, como já vimos, por circunstâncias exógenas ao sistema, perturbar o cálculo, aumentando a margem de erro que se reflectirá, necessariamente, na precisão do cálculo.

Este tipo de tecnologia não é, normalmente, utilizada por ser muito cara e não servir os interesses das operadoras de telecomunicações que, acima de tudo, querem prestar um bom serviço de comunicação, sendo que a localização celular se assume apenas como uma variável a ater-se no processo de gestão e condicionamento do tráfego comunicacional entre BTS, não sendo, com efeito, parte constitutiva da comunicação.

Em tese, mesmo com este melhoramento técnico, ficaríamos sempre com margens de erro que na malha urbana são exponenciadas pelo emaranhado de construções em verticalidade e horizontalidade. Com efeito, quando falamos de localização celular a única referência que temos é a área de cobertura – total ou sectorizada – de uma BTS, sendo mais correcto, parece-nos, denominá-la por área celular aproximada¹¹².

¹¹² Esta informação foi confirmada por representantes das operadoras móveis em Portugal no trabalho do autor Pratas (2009) sobre a localização celular. Aliás, é quase um truísmo dizê-lo já que decorre do

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Por sua vez o GPS (*Global Positioning System*) constitui um sistema tecnologicamente mais evoluído, concebido unicamente para cálculo da distância dos receptores GPS na terra, permitindo aferições de localização muito mais rigorosas fidedignas.

O teorema de cálculo é, exactamente, o mesmo que já explicitámos para as antenas BTS. A grande diferença está no relógio atómico dos satélites, que consegue cálculos de distância, com uma margem de erro mínima, pela sua capacidade de acerto temporal feita ao milissegundo – conhecido como tempo GPS - assegurada por uma permanente comunicação bilateral com estações terrestres espalhadas por todo o globo.

Ademais, a rotação orbital, permite, normalmente, que os receptores terrestres tenham uma média de 3/4 satélites disponíveis, com os quais podem emparelhar, podendo em algumas zonas chegar aos 13 (Broering, 2010).

Sendo o cálculo da distância quase exacto, o resultado do cruzamento trigonométrico ou triangulação, irá permitir obter um resultado, igualmente, próximo do real, sendo até possível obter dados sobre a altitude se o cálculo envolver, no mínimo, dados de 4 satélites.

Até a um passado bem recente existiam algumas limitações de sinal, por via da influência das camadas da atmosfera e de reflexões várias à superfície que definiam a transmissão como sendo de multipercurso, com um sinal retardado quando comparado com a comunicação directa, mas que, paulatinamente, têm sido ultrapassadas com a instalação de “antenas especiais (...) técnicas de *software* que incluem aproximações paramétricas e outras técnicas de filtragem” (Broening, 2010, p. 48).

Este melhoramento é sentido, especialmente, dentro de edifícios, onde a captação de sinal tendia a ser especialmente difícil e agora está muito mais depurada, muito graças à utilização de sistemas de melhoramento como o eGPS (*enhanced GPS*) ou o WAAS (*Wide Area Augmentation System*). Existe, ainda, uma outra pequena limitação onde se têm observado adiantamentos significativos, designadamente na

n.º 7 do art. 2 da Lei 32/2008, de 17 de Junho relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Neste seguimento tem também interesse o Regulamento 112L, do Conselho de Administração da ICP-ANACOM, que aborda técnica e detalhadamente a área de incerteza e carência de precisão na localização celular.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

demora excessiva que os receptores demoravam a estabelecer ligação com os satélites e que tem sido encurtada graças ao sistema AGPS (*assisted GPS*).

Este sistema consiste em indexações de leitores de sinal GPS fixos junto das BTS, muito mais rápidos no processamento e acerto temporal com os satélites quando em comparação com os receptores tradicionais, que equipam os telemóveis e viaturas, servindo aquelas últimas como *interface* de transmissão de informação aos receptores móveis aumentando-lhes a disponibilidade de sinal.

No fim, importa reter apenas que o grau de precisão média se situa nos 2.5-6mts, podendo, com melhoramentos nos sistemas de correcção e com o aumento de estações de leitura e calibração pelo globo, chegar a pouco mais de um metro. Vamos apenas juntar um quadro com vários indicadores comparativos entre as ferramentas elencadas, fruto de um trabalho aturado levado a cabo pelo autor Broening no Brasil.

Comparativo	CELL-ID	GPS	AGPS
Referência	BTS	Satélite	BTS + Satélite
Cobertura	Celular	Global	Celular
Disponibilidade	Alta	Alta	Alta
Indoor	Bom	Regular/Ruim	Regular/Ruim
Precisão	Baixa	Alta	Alta
Custo/benefício	Médio	Alto	Baixo
Custo equipamento	Baixo	Médio	Alto
Time To First Fix	Baixo	Médio	Médio

Figura 4 - Quadro comparativo de técnicas de geolocalização (Broening, 2010, p. 86)

Chegados aqui resulta evidente a diferença substancial entre a geolocalização ou localização geodésica, que uma e outra ferramenta permite obter, sendo que, no caso da localização feita através da rede de comunicações, a margem de erro é muito mais variável e esse resultado tem muito que ver com a sua génese sistémica recentrada sobre a qualidade das comunicações e não tanto com a capacidade de proceder a uma localização celular o mais rigorosa possível. Por oposição, o escopo do GPS, principal e único, é permitir ao utilizador obter referências geográficas muito próximos do real para que se possa orientar. As palavras de ordem são, portanto, cambiantes, comunicação e orientação, respectivamente.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Existe uma outra grande diferença que se refere ao *provider* do serviço e que poderá dificultar mais o acesso remoto à informação. Enquanto que a obtenção de dados sobre a localização celular é feita junto das operadoras nacionais, que nos termos da Lei 32/2008, art. 5.º n.º 2, conserva apenas dados e elementos inerentes a comunicações realizadas, pese embora detenha a capacidade de detectar MS bastando que estas emitam sinal rádio¹¹³, i.e., que estejam ligados ou em função *stand-by*, designados por muitos como dados não autênticos da comunicação¹¹⁴ (Andrade, 2009; Andrade in Pratas, 2009), não pressupondo um acto de «comunicação» entre pessoas mas sim entre máquinas. Ora, no caso do GPS¹¹⁵, sendo aquele monopolizado pelos EUA, será difícil proceder a uma «intercepção»¹¹⁶ do sinal, se não existir uma cedência desses dados por parte do *provider*, restando apenas a possibilidade de aceder a eles por via indirecta, ou seja, através do canal de telecomunicações no caso dos telemóveis, acedendo ocultamente ao conteúdo do mesmo e criando um espelho através da instalação de uma aplicação oculta que nos irá fornecendo a informação sobre a localização GPS do aparelho.

A dificuldade, e, ao mesmo tempo, a perigosidade desta acção é delimitar o acesso apenas à informação pretendida, deixando sem mácula toda a restante

¹¹³ Neste sentido ver Ac. 486/2009 do TC.

¹¹⁴ O TCFa no seu Ac. de 22-08-2006 vem referir que apenas as (tele)comunicações entre pessoas é que gozam de tutela constitucional e processual, os «*echten Verbindungsdaten*», deixando de fora tudo o que sejam comunicações técnicas entre máquinas por, na opinião daquele Tribunal, não revestirem um potencial de perigo para o direito fundamental consagrado no art. 10.º da Constituição alemã referente, entre outros, ao sigilo das telecomunicações. Somos de acompanhar o entendimento deste Tribunal quando à inexistência de compressão daquele direito fundamental todavia, não afastamos a necessidade de poder ser merecedor de tutela por, em abstracto, neste e noutros casos, a informação prestada influir na esfera da vida privada dos titulares dos aparelhos, detendo com efeito um potencial de ingerência na sua esfera de privacidade.

¹¹⁵ Existem outros sistemas do género ainda pouco consolidados e pouco operantes, são eles o “GLONASS (Rússia), Galileo (Europa) e o Compass (China). Além desses sistemas globais existem os de posicionamento regional, como o QZSS (Japão), IRNSS (Índia) e o SBAS (EUA, Europa, Japão e Índia)” (Broeting, 2010, p. 37).

¹¹⁶ Colocamos «intercepção» entre comas pois, à semelhança das «intercepções nas comunicações» não existe uma verdadeira intercepção, mas apenas uma observação oculta da informação que é canalizada pelo canal comunicacional.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

informação contida no telemóvel (dados de tráfego, dados de conteúdo *in live* e armazenados na memória).

Já no que toca a GPS's instalados em viaturas, apenas será possível fazer isto caso o mesmo seja um sistema híbrido que esteja ao mesmo tempo conectado à rede de telecomunicações, de outro modo é tecnicamente impossível.

Face ao que apreendemos, dúvidas não restam que a localização feita por GPS é mais insidiosa que a localização celular como a conhecemos face à rigorosidade e qualidade da informação que permite obter. Veremos se é possível enquistá-la ao septo das telecomunicações, face a uma aparente analogia idiossincrática que é habitual observar-se na dogmática¹¹⁷ e jurisprudência¹¹⁸ nacional e em dimensões de direito comparado. Começaremos por perscrutar o nosso jargão jurídico nacional e aferir das constelações dogmáticas e jurisprudenciais em torno deste tema.

¹¹⁷ Veja-se a resposta dada pelo Professor Germano Marques da Silva (Pratas, 2009, p. 96) quando questionado se achava que se podia falar na localização por GPS por analogia à localização celular, ainda que não afirmasse a aplicação adjectiva do regime processual estatuído: “Pois, penso que a situação é idêntica, porque a localização celular permite localizar pessoas, o sistema de localização por GPS também (...) a situação é análoga, é muito idêntica, é inteiramente idêntica”.

¹¹⁸ Veja-se o Ac. do STJ de 08-01-2014 que faz uma equiparação estranha, equiparando a rede GSM ao GPS, tratando-as como apetrechos tecnológicos: “A obtenção de dados através da localização celular, muito em uso no meio militar e até civil, para controle da localização de pessoas, pela adaptação de um dispositivo (GPS ou GSM) ao telemóvel, diz respeito à utilização de dados, revela o percurso físico que o titular do telemóvel fez ou a está a fazer, a sua mobilidade ou permanência; por via da sua ligação à rede telefónica revela a localização do aparelho telefónico, obedecendo ao mesmo propósito que uma vigilância policial sobre um dado indivíduo potenciada pelos meios electrónicos disponíveis pelas forças policiais, não permitindo aperceber ou revelar quaisquer comunicações nem o seu conteúdo”. O TRP, no Ac. de 21-03-2013 afirma categoricamente que, pela similitude nos dados recolhidos, é de aplicar o mesmo regime – art. 187.º e ss do CPP – citando: “Por outro lado não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo GPS, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à autodeterminação informativa. Nesta conformidade e sempre que esteja em causa a localização através da tecnologia GPS (*Global Positioning System*) a mesma deve ser sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187.º do Código de Processo Penal”.

4. Geolocalização como meio de obtenção de prova: O caso paradigmático do GPS

4.1. As visões e antagonismos aparentes dos Tribunais nacionais – criminais e administrativos

A discussão jurisprudencial sobre este problema é tão escassa quanto o aparente recurso a este mecanismo de investigação ou instrumento de obtenção de prova, e dizemos aparente porque estamos em crer, infelizmente, que a ausência de uma norma habilitante expressa para a utilização de mecanismos de vigilância espacial – excepção a ser feita à localização celular prevista no art. 189.º do CPP – tem catapultado a utilização camuflada ou informal do GPS nas investigações, como um meio oculto inquestionavelmente essencial à obtenção de determinadas informações que nenhuma outra alavanca processual, no plano dos meios de obtenção de prova, pode oferecer. O receio de postergar à distância toda a prova adveniente que tem como soalho informação aquilatada por via da utilização deste sistema de localização preciso e rigoroso como vimos, força os agentes da investigação a encobrir o seu uso e isso é patente em investigações destroncadas, sem fio lógico e encadeado de factos, muitas das vezes com informações de pessoas e locais que surgem quase por arte divinatória¹¹⁹, ou pelas chamadas vias anónimas, e que reflectem nada mais que informação coligida por via de seguimentos dinâmicos em que o GPS se assume como verdadeiro olho de Hórus.

Ora, a determinância dos dados recolhidos pelo GPS é facilmente branqueável já que ela apenas nos dá uma orientação apurada dos caminhos a percorrer – locais importantes no seio da actividade, pessoas, rotinas de «trabalho», etc. – fazendo-se um aproveitamento deste campo fértil que amiúde redundava em prova apreendida por via de buscas, portanto fontes independentes de prova que valem por si para demonstrar o objecto da investigação. Empiricamente denota-se uma reduzida preocupação em

¹¹⁹ Os poucos autores que trataram este problema, puristamente iludidos por uma realidade ideal, crêem que os OPC não se socorrem deste tipo de mecanismo por a sua utilização não estar vertida nos processos. Veja-se e.g. Rocha (2015, p. 10) que introdutoriamente, ao debruçar-se sobre o quadro nacional assevera que “a utilização do dispositivo GPS ainda é pouco corrente”. Esta facilidade é tanto maior quando no mercado livre se consegue adquirir um localizador/receptor GPS pela módica quantia de 40/50 euros cujas funcionalidades se ajustam às necessidades do serviço.

perceber-se o caminho que conduziu à aparição de um determinado indício ou informação com valor reforçado, mais a mais quando burilado naquele emaranhado de volumes, peças processuais e despachos interlocutórios. O vício, a existir, será factualmente difícil de inferir e artificialmente substituído se preciso for para explicar a proveniência de determinada informação.

Daqui ressalta uma exigência de primeira ordem, que recai sobre os Tribunais é certo: perceber da possibilidade de enquadrar a sua utilização ou, sendo ela impraticável, e é isso que vamos tentar perceber daqui em diante, produzir leituras possíveis e convergentes que possam diluir a aridez que paira à volta deste nó górdio e, simultaneamente, impulsionar uma arregimentação adjectiva futura que, profilacticamente, acautela aluimentos que amiúde verificamos nos processos legislativos. Apenas desta forma evitaremos que se continue a utilizar discricionariamente, sem critério e sem controlo, uma ferramenta que encerra em si um potencial de intromissão para os direitos fundamentais, alargando outrossim o escalonamento subsidiário dos meios de obtenção de prova tão bem entronizado no filtro da proporcionalidade.

No quadro dos tribunais criminais temos até à data apenas dois arestos que, espaçados por 5 anos, apresentando um argumentário que julgamos insipiente, insuficientemente fundamentado e sem alusões a ângulos dogmáticos, internos ou externos, chegam a conclusões dicotómicas, destacando-se, como único ponto de convergência a teologia do instrumento, mormente, a geolocalização de suspeitos. Ciosos duma pesquisa precária, resolvemos alargar o espectro de pesquisa procurando, ainda que noutros quadrantes de utilização – direito laboral -, abordagens e leituras que pudessem ampliar a nossa dimensão crítica acerca do assunto.

Mas comecemos pelo segmento abstractamente mais contributivo para a temática em discussão.

4.1.1 Tribunais Criminais: visão polarizada

Em termos temporais temos o Tribunal da Relação de Évora como pioneiro na abordagem a esta temática no seu aresto de 07-10-2008. Veio aquele venerando Tribunal considerar que a utilização de GPS, que no caso concreto teve a duração de 60

dias, monitorizando-se veículos utilizados pelos suspeitos da investigação, não carecia de enquadramento normativo por captar (apenas) informações coligíveis no domínio público (Soares, 2015), sendo classificável como um germano impuro do seguimento policial clássico ou tradicional¹²⁰. Faz no entanto ressalva a algumas diferenças substanciais no que um e outro permitem alcançar referindo que “A principal vantagem será o permanente acesso à localização em que se encontra o carro-alvo. A desvantagem mais evidente será a de que, apesar de em qualquer momento se saber aonde está o carro, se desconhecer por completo o que é que o seu ocupante ou os seus ocupantes estão a fazer de concreto. Nesse aspecto, o seguimento clássico, por permitir, além do mais, escrutinar quem vai no carro e o que fazem os ocupantes pelo menos quando o carro para, para onde vão quando saem dele e com quem falam, é um método muito mais intrusivo e abrangente do que o mero conhecimento da localização do carro”.

Contrariamente à ideia postulada por Rocha (2015, p. 11) na dissecação deste acórdão, pugnando pela inexistência de “uma intromissão na vida privada (...) [por] o GPS [ser] um aparelho surdo e cego no sentido que não escuta as conversas dos ocupantes do carro, nem identifica quem lá vai e o que estão a fazer”, achamos antes que os relatores admitem uma intromissão na vida privada que não é bastante para preencher o universo abusivo¹²¹ que os métodos proibidos esquadrinham no art. 126.º n.º 3, sendo de admitir, ao abrigo do princípio da prova livre – art. 125.º do CCP – a utilização deste dispositivo de investigação por parte dos órgãos investigatórios. Sobressalta, de entre muitos, um problema que é atalhado no aresto e que tem que ver, face à conclusão simplista a que se chega, com a indefinição de balizas jurídicas e discricionariedade associada no uso de uma ferramenta de investigação que tem um potencial de lesividade para com o reduto de direitos fundamentais, nomeadamente no domínio da vida privada. Será que no caso concreto que os 60 dias de monitorização

¹²⁰ O mencionado aresto pontifica de forma essa equivalência material: “digamos que a localização por GPS é o «irmão gémeo electrónico» do clássico seguimento do alvo por pessoas a bordo de um carro”.

¹²¹ Muito embora a disposição processual do art. 126.º n.º 3 não disponha expressamente o carácter abusivo da intromissão, defendemos que a leitura deverá abrigar um carácter osmótico com a fonte constitucional que a legitima, designadamente o art. 32.º n.º 8 da CRP onde estão previstas as garantias do processo criminal. Não deve o âmbito processual ser mais restritivo que a teleologia que o legislador constitucional quis impor nesta sede, e, parece-nos defensável, que os venerandos Juízes seguirem, *in casu*, esta linha de entendimento.

não extravasaram barreiras de necessidade e proporcionalidade? Nestes 60 dias quantas horas de monitorização foram feitas e quem foram as «pessoas» visadas? Será que não se compilaram informações importantes que poderiam servir a jusante a Defesa? Isto são tudo questões contornadas pelo Tribunal e para quais deveria haver um escrutínio.

E não se venha, como censuravelmente o Tribunal vem fazer, conferir um grau de equivalência à informação contida num GPS integrado num navio (ou num carro), que detém informação tácita ou expressamente consentida por quem delas usufrui havendo conhecimento da sua existência, a um GPS apetrechado deliberadamente ocultado por agentes de investigação. São dimensões que comportam uma dignidade distinta merecendo, por conseguinte, protecções também elas diferenciadas. O autor Soares (2015, p. 23) alude a este apontamento mas numa outra perspectiva, anotando a desconsideração do Tribunal para com os dados depositados no GPS de uma embarcação, julgando-os, aparentemente, desmerecedores de tutela protectiva.

Rematando, a utilização do GPS é vista pela Relação de Évora como apendicitária¹²² ao regime do seguimento ou observação policial clássica, favorecendo um acompanhamento feito à distância, mais prolongado e inquestionavelmente mais preciso, fornecendo informações que estão acessíveis no domínio público. Sobressai aqui a ideia de uma fragmentação da realidade em duas dimensões, a pública e privada, propugnando-se um claro «cheque em branco» para a recolha de tudo o que seja privadamente prosseguido no primeiro domínio, como se este fosse destituído de qualquer chapéu-de-chuva jurídico protector. Ora, sem nos alongarmos por ora, até porque será um ponto a abordar com maior detalhe a jusante, a esfera privada e sua devassa não se circunscreve a manifestações feitas no domínio privado, pois também no palco público as pessoas detém expectativas curiais de privacidade que obstem a que, ilegitimamente, sejam colhidas informações pessoais que, acumuladas e inter cruzadas,

¹²² Patente fica a ideia de um uso cruzado e conjugado destas duas modalidades de investigação – GPS e seguimento clássico - no sentido de, *inter alia*, ter-se a certeza que é o (s) suspeito (s) que está (ão) na viatura, a movimentação e direcção apeada deste (s) após paragem, contactos estabelecidos com outros suspeitos, recurso a outras viaturas, locais ou edifícios, etc. Está bem de ver que uma ideia de pura e total substituição do seguimento humano pelo GPS não pode vencer já que o último não consegue captar para além de informações geoespaciais (carro) e o primeiro, muito dificilmente, conseguiria assegurar um seguimento ininterrupto de 24/24H sem ser detectado, contrariamente ao que o Tribunal arrazoa.

permitam extrair verdadeiros perfis de comportamento e personalidade e, mais grave, obter sinais da sua vida íntima.

Perpassa e enraíza-se a ideia, falaciosa de que meios de investigação, como o GPS é interpretado neste caso, são institutos singularizáveis dos meios de obtenção de prova e que, bem assim, não constituem ameaças ao jargão dos direitos dos investigados, sendo a sua utilização discricionária e sem balizas delimitadoras. Considerá-los falsos cognatos é uma leitura que não podemos acompanhar por considerarmos que são formas conceptuais distintas de classificar o mesmo universo de coisas¹²³. Os meios de investigação são em si vias de recolha de provas indiciárias, e não se venha advogar, e.g., que a observação policial, em si, não configura um meio de obtenção de prova em si, mesmo não estando desenhado tipicamente no CPP¹²⁴. Podíamos dar variadíssimos exemplos daquilo que são actos policiais/judiciários erradamente esquadrihados neste universo classificativo, mais metodológico que jurídico, que encerram em si restrições a direitos fundamentais – recolha de imagens CCTV ou pesquisas em bases de dados diversas (IMTT, ITIJ, Registo Civil, Registo Predial, Registo Automóvel, Seguros, EDP, SMAS, etc.). Houve foi, por parte do legislador, alguma elasticidade em não arregimentar formas simples de recolha de indícios técnicos, importantes ao desenrolar das investigações, e com baixo potencial de danosidade¹²⁵.

Eis que em 2013 surge uma outra decisão sobre a utilização do GPS, desta feita problematizada pela Relação do Porto. Embora não se tenha mantido fiduciário ao anterior, definindo uma distinta linha de interpretação, foi pelo menos seguidista num aspecto, o de tentar enquistar a utilização do GPS a dispositivos investigatórios já vigentes – e.g. da vigilância policial - que aparentemente teriam o mesmo alcance teleológico, neste caso ao regime das intercepções nas comunicações, *in fine* ao instituto da localização celular previsto no art. 189.º do CPP.

¹²³ A autora Rocha (2015, p. 12) demarca bem esta distinção conceptual.

¹²⁴ Existem vários regimes processuais, como na Alemanha ou a Suíça, que prevêm expressamente a observação policial ou vigilância pessoal no catálogo dos meios de obtenção de prova.

¹²⁵ Não quer dizer com isto que no meio do processo, não tenham havido algumas “oportunidades perdidas” (Dias, cit. in Moutinho, 2013, p. 6) em se instituírem meios com necessidade de regulamentação processual, como é o caso, quiçá, do GPS.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

De forma muito telegráfica o Tribunal considerou que o recurso a GPS, à semelhança da localização celular, permite obter, de forma oculta, dados sobre a localização espacial de pessoas visadas numa investigação, descartando preocupações sobre a quantidade e qualidade de informações passível de ser colectada por cada uma delas. Mais, fazendo um raciocínio analógico e articulado, veio aquele considerar que os dados recolhidos por via do GPS deverão assumir a categorização de dados pessoais nos termos da Lei 67/98, de 26 de Outubro – Lei da Protecção de Dados Pessoais -, e, de forma mais concreta, equiparando-os a dados provenientes de um processo comunicacional, abrangidos pelos marcos e barreiras jurídicas estatuídas no contexto das comunicações electrónicas – Lei 41/2004 e 41/2008 (Soares, 2015, p. 25). Destrate, com base na relação umbilical destas duas legislações com o regime das intercepções nas comunicações – 187.º e ss. do CPP -, veio o Tribunal acomodar ampliativamente o GPS no disposto do art. 189.º n.º 2, com todas as formalidades e imposições aí consagradas – catálogo de crimes, dimensões subjectivas de aplicabilidade, prazos, autorização judicial para a promoção, *inter alia*.

Temos então duas decisões que são convergentes na compreensão material do instrumento em termos de funcionalidade – obtenção de dados de localização – mas, por outro lado, completamente divergentes na fixação do potencial de insidiosidade das informações recolhidas pelo dispositivo, o primeiro (Évora) que de forma muito ligeira defende uma utilização atípica semelhante ao «regime» da vigilância tradicional e o outro (Porto) que defende uma inserção típica e analógica num dos regimes mais densificados e protectores do CPP no universo dos meios de obtenção de prova.

Sem nos alongarmos muito, já que esta matéria será profundamente decomposta em capítulo próprio mais adiante, o aresto da Relação do Porto peca por duas grandes ordens de razão:

1. Embora se admita que os dados coligidos por via do GPS possam ser de enquadrar na dimensão de dados pessoais firmada no art. 3.º, al. a) da Lei 67/99, já nos parece ser postergador da *ratio* dos diplomas, forçar a inserção destes no contexto das comunicações electrónicas que têm um alcance razoavelmente bem definido¹²⁶. Parece-nos intuível a delimitação exclusiva

¹²⁶ Fazemos esta módica anotação por consideramos que a localização celular não será de classificar como parte interconexa do processo comunicacional, defendendo a sua emancipação de um regime

ao campo das comunicações entre pessoas, não sendo extensível ao fluxo comunicacional entre máquinas, não carente da intervenção humana¹²⁷;

2. Atribui uma equivalência funcional entre a localização celular e o GPS abjurando funcionalidades e dimensões técnicas distintas que influem na qualidade e quantidade das informações pessoais recolhidas, sendo estas determinantes para fixar exigências de âmbito jurídico.

Aliás, ainda que um pouco fora deste âmbito, mas trazendo à colação esta questão, o TC no seu aresto 486/2009, de 6 de Novembro de 2009, já havia sido pioneiro neste entremear conceitual dizendo que “a recente incorporação da tecnologia GPS (*global positioning system*) nos equipamentos móveis permitiu que a localização celular atingisse um grau de precisão muito elevado em matéria de determinação da posição geográfica”. Ora, como já antes vimos quando destrinçamos tecnicamente estas duas técnicas, a única ligação que existe entre elas é funcionarem por via do mesmo aparelho, ou MS, que detém a dupla funcionalidade de se conectar com a rede de comunicações – localização celular - e também com o posicionamento via satélite através de um receptor próprio. Confusão não deve ser feita com aquilo que foi igualmente abordado lá atrás, que tem que ver com o A-GPS, que traduz a rentabilização do sinal GPS por via da rede de telecomunicações que, como é de convir, está disseminada por pontos estratégicos para uma melhor captura de sinal. O GPS não melhora assim a qualidade da localização celular, ele é por si só uma via independente.

Temos portanto dois arestos que para além de serem um pouco opacos e parcos na fundamentação que conduz às conclusões que antecedem, são divergentes no epílogo e, desta feita, pouco orientadores para a sistematização e consolidação de posições teóricas e dogmáticas acerca da utilização do GP no processo criminal português.

Perscrutaremos agora a forma como os Tribunais abordam a utilização do GPS no quadrante laboral. Cientes das diferenças naturais entrem os quadrantes, criminal e laboral, será interessante observar a forma ou formas porventura distintas destes

excessivamente protector e sem equivalências às outras dimensões do regime – escutas telefónicas tout *court*, dados de conteúdo. Será uma ideia que iremos consolidar mais à frente.

¹²⁷ Soares (2015, p. 25) não acompanha igualmente a construção desenhada pelo TRP, e em concreto esta incoerência conjectural, “visto que ignorou a natureza não comunicacional do monitoramento via satélite”.

posicionarem o GPS no quadro dos instrumentos de vigilância e limites jurídicos associados ao seu emprego quando em colisão com os direitos dos trabalhadores que são, como se sabe, mitigados em razão da relação estabelecida entre empregado e empregador. Procuramos obter novos ângulos de abordagem que nos ajudem a complementar a posição carenciada da jurisprudência criminal analisada.

4.1.2 O GPS no direito laboral: perspectivas e posicionamento

A utilização de mecanismos de vigilância à distância, no mundo do trabalho, tem-se tornado uma constante, entre sistemas de videovigilância, controlos biométricos – art. 18.º do CT - nos acessos e, aquele que nos interessa, uso de GPS no controlo de frotas automóveis. Também o código do trabalho dispõe de forma conformadora, o direito fundamental à privacidade, impondo uma relação bilateral de respeito à personalidade de ambas as partes – empregador e trabalhador - e bem assim de reserva aos seus núcleos de intimidade – art. 16.º do CT. Pese embora nos movimentemos num campo de cedências e obrigações decorrentes do vínculo laboral contraído, o CT impõe necessárias limitações ao poder de controlo e vigilância exercido pelo empregador junto dos seus colaboradores, querendo, com isso, evitar ingerências desmesuradas e ilegítimas nas esferas pessoais destes últimos, mormente nos quadrantes da liberdade e privacidade por serem aqueles mais expostos.

É perfeitamente entendível que a liberdade dos trabalhadores seja, ainda, mais mitigada face às obrigações laborais que decorrem dum contrato de trabalho que “pressupõe um acordo vinculativo assumido por uma pessoa singular para prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas (singulares ou colectivas), mediante determinada retribuição, e sob a sua autoridade” (Bastos, 2011), cabendo, pois, ao legislador laboral mitigar, ao máximo, esta relação assimétrica de supremacia por parte do empregador.

Nestes termos, e naquilo que subordina a actividade de controlo do empregador sobre as tarefas do trabalhador, existem limites legalmente impostos, como aquele que resulta do art. 20.º, 21.º e 22.º do CT, interessando, para o efeito, os primeiros dois, relacionados com os meios de controlo à distância onde, porventura, se poderia integrar o GPS.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Desde logo o legislador não deixa ao alvedrio do empregador a possibilidade de adoptar acriteriosamente, e a seu bel-prazer, medidas de controlo sobre os trabalhadores.

As medidas previstas no n.º 1 do art. 20.º têm necessariamente que coadunar-se e subsumir-se “à protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem” – n.º 2 do art. 20.º¹²⁸. Ademais, antes da sua implementação, as medidas estão sujeitas a um escrutínio prévio de aprovação por parte da CNPD¹²⁹ – art. 21.º n.º 1 e 2 – que irá aferir da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida nos termos da Lei de Protecção de Dados Pessoais - Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro – e, claro está, implicitamente, da CRP.

A utilização do GPS no quadro laboral já foi alvo de ponderação da CNPD que na sua deliberação 7680/2014, de 28 de Outubro, veio a julgar a sua utilização aceitável, mas pontificando algumas cautelas relacionadas com um possível desvirtuamento do seu uso para fins que não configurem causas justificativas: 1. Gestão da frota em serviço externo: nas áreas de actividade de assistência técnica externa/ao domicílio; distribuição de bens, transporte de passageiros, transportes de mercadorias e segurança privada; e 2. protecção de bens: transporte de materiais perigosos e transporte de materiais de valor

¹²⁸ Neste contexto também a entidade empregadora está vinculada à obediência religiosa dos princípios constitucionais da restrição mínima e subsidiariamente possível dos direitos do trabalhador. Refere a CNPD, na deliberação 7680/2014: “A entidade empregadora deve recorrer aos meios que se revelem menos intrusivos, obedecendo aos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da boa-fé, e, conseqüentemente, demonstrar que escolheu opções com menor impacto sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores”, almejando um justo e afivelado equilíbrio entre a privacidade e a confidencialidade dos dados pessoais dos trabalhadores e a liberdade gestonária e directiva que a lei lhes confere. O STJ subscreve igualmente esta ideia no seu Ac. de 13-11-2013 referindo que “o poder de direcção do empregador, enquanto realidade naturalmente inerente à prestação de trabalho e à liberdade de empresa, inclui os poderes de vigilância e controle, os quais, têm, no entanto, de se conciliar com os princípios de cariz garantístico que visam salvaguardar a individualidade dos trabalhadores e conformar o sentido da ordenação jurídica das relações de trabalho em função dos valores jurídico-constitucionais”.

¹²⁹ O consentimento do trabalhador é, neste contexto, dispensado acautelando todavia, como é curial vaticinar, que muitos deles não representem uma manifestação séria, espontânea e livre, antes uma declaração coartada pela vontade imperante do empregador.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

elevado (valor superior a € 10.000,00)¹³⁰. Fora destes casos o acesso aos dados do GPS deverá estar limitado a necessidades de investigação criminal, devendo, só aí, ser possível quebrar o selo de segurança digital que permite o acesso aos seus dados, sendo os restantes acessos considerados inaceitáveis e ilegítimos.

Todas estas cautelas prendem-se com questões de intromissão na esfera da vida privada do trabalhador- art. 8.º da CEDH e art. 26.º da CRP – e, no possível, acesso indevido a dados pessoais – art. 35.º da CRP.

Nesse sentido, veda a possibilidade da entidade empregadora se socorrer deste tipo de meios num plano de eficiência – art. 20.º do CT – e a possibilidade de proceder a um controlo remoto do trabalhador que vá para além da dimensão patrimonial, objectando-se qualquer controlo directo sobre a dimensão subjectiva do trabalhador por ser grosseiramente abusivo e limitador da sua liberdade¹³¹, permitindo-lhe não só perceber tempos e locais de paragem ou desvios de rota, como todos os passos do trabalhador com uma precisão excelsa.

Ademais, veio impor a conservação destes dados a um prazo máximo de conservação de 10 dias, adensando, ainda mais, a veia garantista de acesso a dados pessoais, seguindo de perto o, já, defendido numa deliberação anterior, de 2013 especificamente sobre esta matéria – deliberação n.º 1638/2013, de 16 de Julho.

Também os Tribunais têm sido chamados a deliberar sobre esta matéria e a decisão tem sido proclamada, unanimemente, no sentido da exclusão do GPS em

¹³⁰ Existe pois uma densificação do conceito de protecção de bens que não pode ser interpretado de forma lata, havendo pois que confinar essa protecção a bens de valor consideravelmente avultado, daí a fixação deste valor por parte da CNPD. Refere na dita deliberação que “quanto à finalidade de protecção de bens, e tendo em conta a sua formulação demasiadamente genérica, considera a CNPD dever ser feita uma rigorosa ponderação entre os valores aqui em conflito, no sentido de conciliar o direito à protecção do bem com o direito à protecção de dados e à privacidade; caso contrário, ficará ferida a perspectiva de excecionalidade e de singularidade que o legislador pretendeu imprimir à norma, pois ficariam automaticamente abrangidos todos os veículos automóveis”.

¹³¹ Sistemas de geolocalização instalados nos telemóveis dos trabalhadores são portanto inadmissíveis por permitirem um controlo panóptico do trabalhador. Em igual sentido se veda a possibilidade do empregador ter acesso à facturação detalhada do telemóvel e a dados do computador (correio electrónico) do trabalhador por revestirem uma grosseira violação do sigilo das telecomunicações e bem assim da sua privacidade, defraudando-se as suas legítimas expectativas de confidencialidade e intimidade – *vide* Ac. do TCE de 170/2013, de 13 de Outubro.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

viaturas da constelação de meios de controlo à distância previstos no n.º 1 do art. 20.º do CT.

O STJ – Ac. 13-11-2013 e 22-05-2007 - tem assumido uma postura lapidar, de rejeição do GPS, como um meio de vigilância à distância, delimitando o alcance teleológico da norma a captações de imagem, som ou ambas. Refere o mencionado aresto que, “Embora a formulação literal do n.º 1 do artigo 20.º do Código do Trabalho não permita restringir o âmbito da previsão daquela norma à videovigilância, a verdade é que a expressão adoptada pela lei, «meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador», por considerações sistemáticas e teleológicas, remete para formas de captação à distância de imagem, som ou imagem e som que permitam identificar pessoas e detectar o que fazem, quando e durante quanto tempo, de forma tendencialmente ininterrupta, que podem afectar direitos fundamentais pessoais, tais como o direito à reserva da vida privada e o direito à imagem”.

Estranhamente, não considera a vigilância através de GPS como uma ofensa ou intrusão à privacidade do trabalhador por apenas “a localização de veículos em tempo real, referenciando-os em determinado espaço geográfico. Não se dirigindo diretamente à vigilância do campo de ação dos trabalhadores, não permite saber o que fazem os respectivos condutores, mas, tão-somente, onde se encontram e se estão parados ou em circulação”.

Somos forçados a discordar desta visão, que peca por ser bondosa de mais, ao alegar a inexistência de ingerência alguma na privacidade¹³². Ela existe, e só pelo facto de ser uma ingerência menor, se devidamente balizada e controlada, é que pode ser considerada admissível. Julgamos que o espectro advogado por este superior Tribunal deveria incluir o GPS, sem prejuízo de este, em tese, não fornecer tanta e tão insidiosa

¹³² Também o TRE, no seu Ac. de 27-10-2009, defende esta ideia dando a seguinte justificação: “não havendo captação ou registo de imagem ou som, (...) não podemos concluir que se ponha em causa os direitos da personalidade que o A invoca, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar, (...), pois [o GPS] apenas permite à empresa saber pontualmente, e em certo momento, a localização aproximada [do trabalhador], ou seja apenas poderá ficar a saber que ele se encontra numa certa localidade, mas não numa certa rua ou em determinado local”. Ora, como já vimos, este controlo é mais do que pontual e bem mais preciso do que este Tribunal vem alegar.

informação que e.g. o CCTV¹³³ permite obter, havendo, neste último caso, uma observação circunstancial da acção do trabalhador.

Parece-nos razoável, chegados aqui, concluir pela natureza intrusiva do GPS na esfera privada e liberdade pessoal das pessoas que são visadas pela utilização da medida, tanto mais, quando ela, no processo penal, é utilizada de forma oculta e poder-se-á dar o caso de, não regulamentada, poder revestir carácter permanente e prolongadamente insidioso ao ponto de roçar, se complementada com outras formas de vigilância presencial, o seu núcleo de intimidade.

4.2. Os ângulos da dogmática na problematização do recurso a instrumentos de geolocalização como o GPS

À semelhança do espectro acinzentado dos Tribunais nesta matéria, também a dogmática nacional se revelou um terreno muito árido no tratamento desta matéria, começando a ser aprofundado apenas nos últimos 2 a 3 anos. Positivaremos algumas posições, a maior parte delas com vários pontos de contacto e denominadores comuns.

O autor Andrade (2009, p. 194) assume a necessidade de se constituírem regimes processuais novos, incluindo neste impulso legiferante o GPS. Não o considera enquadrável em nenhum regime processual vigente, expurgando no caso concreto um aparente e possível paralelismo à localização celular (Andrade, in Pratas, 2009, p. 86). Ademais, exige, sem excepção, que no plano do meios ocultos de obtenção de prova, onde se inclui o GPS, não se admita integrações atípicas, exigindo, por questões de clareza, determinabilidade, compreensão e vinculação finalístico-teleológica, que o legislador positive as balizas processuais de aplicação para que se evite, para além de compressões desmesuradas de direitos fundamentais, se garanta os direitos de defesa dos visados pelas medidas investigatórias e, por fim, que se seja o

¹³³ Recorde-se nesta matéria o Ac. 26-06-2008 do TRP relativamente ao uso de sistemas CCTV e aos requisitos que devem abastar a sua implementação. É portanto aceitável “a utilização de câmaras de vídeo quando tal meio se mostre concretamente o mais adequado para a manutenção da segurança e ordem públicas e para a prevenção da prática de crimes, tendo em conta as circunstâncias concretas do local a vigiar (...) para que se não caia num verdadeiro *Big Brother*, essa instalação deverá encontrar justificação quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade”.

intérprete e aplicador a “bater em busca das tábuas da lei” (Andrade, 2009, p. 187). Condena desta feita o legislador torpe em relação à integração de novas modalidades tecnológicas de investigação, fomentando a criação e alargamento de lacunas facilmente preenchíveis sob o primado da reserva de lei.

O autor Albuquerque (2009, p. 528) é seguidista da visão ante explanada, advogando a impossibilidade de colagem ao regime da localização celular “porque não há uma comunicação, isto é, a transmissão de sinal para o GPS não constitui uma comunicação”. Defende igualmente que deve o legislador promover um regime habilitante sublinhando “o imperativo da reserva de lei neste domínio dos meios ocultos de investigação” (Albuquerque, 2009, p. 316). Aparte aos limites formais que a lei impõe, o autor destaca um limite material que afasta a possibilidade de inclusão atípica do uso do GPS como meio atípico, nomeadamente a “inadmissibilidade da utilização, isolada ou coordenada, de meios de obtenção de prova que permitam uma «vigilância total» (*Totallüberwachung*), uma vigilância global, com a qual possa ser construído um perfil completo da personalidade do arguido” (Albuquerque, 2009, p. 316). Presumimos, por inferência, que o autor integra o uso do GPS no acervo de meios que isoladamente permitem traçar mais que uma radiografia, uma autêntica ressonância da vida de uma pessoa, caso seja usado de forma prolongada. Não conseguimos no entanto perceber o que fundamenta este pensamento por não ser antecedido de grande excursão dogmática.

Neste plano de discussão surge outrossim Rodrigues (2010, p. 92) que não considera o GPS como um instrumento com potencial para, de forma isolada, ferir o núcleo de intimidade ou reduto mais pessoal da vida privada, mas advoga a dependência e necessidade de este estar alocado a uma previsão legal. Refere ainda que “o Estado de Direito e Democrático português não se compagina com um total controlo dos movimentos dos cidadãos, pois tal não poderia deixar de contender com a eminente dignidade da pessoa (...), com o direito à liberdade deambulatória e com o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar, na sua vertente do «deixar a estar só e esquecido ou ignorado» (artigos 1.º, 18.º, n.º 2, 25.º e 26.º da CRP)”. Defende à semelhança dos anteriores autores o primado da tipicidade de forma a materializar as exigências do princípio da proporcionalidade definido no art. 18.º n.º 2 da CRP, reforçando esta obrigatoriedade por se tratar de um meio de obtenção de

prova oculto. Defende desta feita que normas restritivas desta dimensão devem ter (Rodrigues, 2010, p. 53):

a) Clareza suficiente para correcta e rigorosa identificação do bem(ns) jurídico(s) ou direito(s) fundamental(ais) envolvido(s);

b) Correcta definição dos níveis de sacrifício a impor ao bem(ns) jurídico(s) ou direito(s) fundamental(is) envolvido(s), com vista à sua contenção dentro dos níveis da não desestruturação ou aniquilamento do núcleo fundamental respectivo do(s) mesmo(s);

c) Previsão da forma ou modalidade da técnica invasiva usada (ou a utilizar); e

d) Previsão e prescrição precisa e clara do fundamento (*Anlass*), fim e limites da intromissão – princípio da vinculação ao fim (da recolha da informação)”. Destarte aponta ferozmente os canhões em direcção ao legislador que, ainda que de forma não irremovível, manteve-se apático na integração de um mecanismo já há muito conhecido na mundividência do mundo da investigação criminal e do processo penal¹³⁴.

Até aqui as posições têm sido quase unívocas na forma como abordam o problema. Já o autor Silva (in Pratas, 2009, p. 96) faz uma equivalência material do uso do GPS à localização celular, sendo conúbio com o pensamento teórico firmado pelo TRP, isto porque “a localização celular permite localizar uma pessoa, o sistema de localização geográfico, através de GPS, também permite localizar uma pessoa, a situação é análoga, é muito idêntica” e remata dizendo que a “sua [pessoa ou visado] privacidade não pode ser devassada, tanto não pode ser devassada através da localização celular como através do GPS. Portanto as regras para utilizar o GPS têm de ser no fundo as mesmas ou idênticas às outras”. Defende portanto uma aproximação ao regime da localização celular por via de uma interpretação extensiva ou analógica tendo por base o móbil de utilização de ambos os dispositivos, olvidando todavia, tal como os anteriores, as dimensões técnicas do(s) instrumento (s), a quantidade e qualidade da informação potencialmente colecionável. Há pelo menos um denominador comum entre todas as posições, acusando posturas profilácticas que

¹³⁴ Ainda no seguimento desta ideia diz o autor (Rodrigues, 2010, p. 59) que cabe ao legislador “em cada «momento investigatório», (...) efectuar, de forma permanente e incessante, um levantamento de todos os (existentes) meios ocultos de investigação, com o seu arrolamento e hierarquização, quer ao nível da danosidade bem como do ponto de vista da sua concreta idoneidade teleológica”

refutam a livre utilização do GPS como instrumento de investigação por via do seu potencial (polimórfico) para com os direitos fundamentais.

Mais recentemente, e de forma mais aprofundada, foram desenvolvidos excursões neste domínio que passaremos perfunctoriamente a descrever.

A autora Segura (2013, p. 29) chega à conclusão que o uso do GPS não é enquadrável no universo dos meios de obtenção de prova vigentes postergando, porém, a sua inserção atípica por se tratar de um meio com configuração oculta, mesmo admitindo que o seu uso “chegue a afectar o núcleo duro essencial deste direito fundamental [(privacidade)]”. Defende piamente a consagração de norma expressa “cuja admissibilidade ou inadmissibilidade tem de ser aferida à luz dos limites e princípios constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao princípio da dignidade humana”. Declina então uma eventual elasticidade na aplicação do art. 18.º n.º 2 da CRP, refutando como suficiente um eventual controlo judicial exercido num leito atípico. Promove então a inclusão legiferante de um meio de investigação utilitário mas com critérios de utilização densificados sob pena de se prosseguirem acções investigatórias que trespassam a muralha da vida privada, definhando, desta forma, nas proibições de prova positivadas no art. 126.º n.º 3 do CPP.

Faz no entanto recair de forma inflexível o mérito da decisão sobre o JIC, fazendo uma leitura asséptica do art. 32.º n.º 4 da CRP, encabeçando ao JIC todas as decisões que possam contender com direitos fundamentais. Não integra o MP nesta equação, mesmo que de forma precária, proscrevendo igualmente situações de urgência ou *periculum in mora*, dando ao JIC “competência exclusiva de decidir, nos termos da lei, os sacrifícios, que considera ou não toleráveis dos direitos fundamentais em favor do interesse da realização da justiça” (Segura, 2013, p. 51).

O autor Soares (2015, p. 5) partilha grande parte das conclusões da autora anterior introduzindo um par de ideias que merecem apontamento e que partem de uma frase idiomática da sua autoria “diz-me por onde andas e dir-te-ei quem és”. Critica a forma simplista com que a jurisprudência tem olhado para a qualidade dos dados que são passíveis de obter e a graduação danosa inerente para os direitos fundamentais, tratando-os isoladamente o que na sua óptica não retrata fidedignamente o seu potencial de intromissão.

Reclama assim uma realidade que deixou de ser compartimentada entre o domínio privado e público, recenseando a necessidade de se introduzir na equação os

contributos da teoria do mosaico introduzida pelo espanhol Fulgencio Madrid Conesa. Roga portanto a necessidade de se perceber que as dimensões privadas e públicas (ou sociais como muitas vezes são apodadas) são na verdade realidades sobrepostas, ou seja, também na dimensão pública podemos encontrar laivos de privacidade que mereçam protecção ao abrigo do colete constitucional. No caso do GPS, e face à sua capacidade limitada de coligir apenas informações relativas a uma parcela¹³⁵ das movimentações espaciais do visado, o autor pretende alertar para o possível incremento de valor e dignidade dos dados quando cruzados entre si, alavancando aquilo que são dados isoladamente insignificantes para um mosaico correlacional que permite a criação de verdadeiros perfis de personalidade compostos por variadíssima informação do foro privado que, no limite, poderá roçar o limiar da intimidade. O autor espanhol citado por Soares (2015, p. 8) retrata bem esta ideia referindo que “do mesmo modo como pedras insignificantes podem, juntamente com outras pedras igualmente sem valor, formar uma imagem num mosaico pleno de significado, certos dados que, a princípio, pareçam irrelevantes e incapazes de afectar a privacidade, podem, em conjunto com outros dados de iguais características, expor e revelar integralmente a intimidade de uma pessoa”.

O autor acha ainda que a utilização do GPS, por afrontar o reduto de protecção de dados pessoais, poderá ser alvo de controlo prévio por parte de uma autoridade administrativa – a CNPD -, sendo o seu parecer vinculativo para a sua validação e integração. Ora, não nos detendo na apreciação crítica, sem prejuízo do mérito da sugestão, não nos parece que a proposta seja acolhível ao abrigo do actual panorama jurídico. Não só as decisões da CNPD podem ser revisitadas, revisadas e reversíveis pelo Tribunal, como o seu âmbito de intervenção se situa no plano abstracto, nunca numa situação que sirva o caso concreto, e normalmente num palco preventivo (e.g. a utilização de sistemas CCTV no domínio público; a própria utilização do GPS numa frota de viaturas de uma determinada empresa para efeitos de controlo de mercadorias). Adaptando-se a via da atipicidade na utilização do GPS, por questões de autoridade, não se atinge a maior capacidade de leitura por parte da CNPD quando inseridas no

¹³⁵ Coisa diferente seria se fosse efectuado recurso ao GPS que incorpora o telemóvel permitindo a recolha de dados ambulatórios próximos do absoluto atente à portabilidade quase permanente que se verifica no contexto actual.

processo estão autoridades judiciárias que se presumem, neste ponto de vista, mais habilitadas que qualquer uma outra que possamos identificar.

A autora Rocha (2015) apresenta uma ideia eclética que se destriça dos demais autores já indicados. Admite a inexistência de norma habilitadora para o uso do GPS nos termos legais vigentes mas, integrando a forma de funcionamento do aparelho e dos dados obtidos, entende que estes últimos são de integrar, para além da protecção da vida privada do art. 26.º da CRP, também no universo protector do art. 34.º da CRP, respeitante às ingerências feitas no domínio “dos demais meios de comunicação”. Não subscreve na integralidade as conclusões já expendidas do TRP na decisão atrás apresentada, que aliás não escamoteia, mas, apesar de não atribuir uma equivalência material e formal à localização celular, defende a aplicação das regras do art. 188.º do CPP enquanto não houver norma consagrada. Não só não é entendível como a autora chega a essa conclusão como, outrossim, não se percebe em que termos é feita esta aparente germação conceitual entre o GPS e o regime das escutas telefónicas¹³⁶. Só assim se perceberá a necessidade do GPS se submeter às mesmas exigências e regras das «intercepções nas comunicações», em concreto, parece-nos, da localização celular. A única explicação que encontramos, e não decorre expressamente da leitura da exegese, é a autora, perante a ausência de um regime ajustado, com limites bem definidos, defenda, à cautela, a aplicação de um regime que concebemos como bem arrimado e suficientemente protector dos direitos fundamentais. Mesmo que se pudesse acompanhar a aparente analogia defendida, tememos que uma harmonização jurídica no que ao art. 188.º do CPP diz respeito, seria extremamente difícil de se fazer.

Parece-nos confortável afirmar que a autora ampliou as dimensões do processo comunicacional definido pela CRP e pelo próprio art. 187.º e ss. de forma a caber aí também todos os processos de comunicação estabelecidos por via do emparelhamento entre máquinas. Temos várias reservas em aceitar esta leitura por tudo o que já dissemos, achando que a abordagem aos dados captados pelo GPS deverão centra-se, *grosso modo*, no reduto da vida privada e autodeterminação informativa. Não nos parece que fosse essa a ratio do legislador constituinte e que, mesmo fazendo uma

¹³⁶ Faz um analogia entre o regime das escutas telefónicas e um regime que designa “do dispositivo electrónico” (Rocha, 2015, p. 32)

leitura actualista, necessária atente à volatilidade dos tempos e do mundo tecnológico em concreto, ela não iria intrinsecar naquele escopo.

De destacar a admissão de matriz legal para os dados recolhidos, defendo a autora que “os dados contidos no GPS devem passar por um processo técnico de recolha, do seu processamento, tratamento, conservação e transmissão para um documento escrito [devendo] (...) fazer o enquadramento dos parâmetros obtidos pelo art. 164.º do CPP que estabelece a admissibilidade da prova documental” (Rocha, 2015, p. 32).

Por fim, o autor Cruz (2015) é solidário com a perspectiva maioritária, mas partilha, pensamos nós, da visão mais radical em relação ao potencial lesivo do uso do GPS, patamar pelo qual nivela todos os demais meios ocultos de investigação, considerando-o um meio incrivelmente insidioso. Apadrinha a ideia de que o legislador se não previu entretanto o uso do GPS é porque o fez deliberadamente “concluindo que o acervo de possibilidades que a lei processual penal fornece, bem como, a legislação avulsa, é suficiente para a construção de uma investigação sólida e eficiente”. Neste aspecto somos forçados a concordar com o autor¹³⁷, mas por razões diversas: mesmo admitindo o mais que admissível conhecimento desta técnica, sendo já parte integrante do nosso cardápio de soluções tecnológicas, é que o legislador deve ter considerado como suficiente os meios de vigilância pessoal que estão ao dispor no actual código – localização celular e observação policial -, negligenciando porém dimensões, funcionalidades e vantagens distintas que o forçariam a legislar; mais, perante a remota possibilidade de estar a duplicar inutilmente um meio de investigação, muito embora a herança do direito europeu, à data¹³⁸, não oferecesse grandes saídas como iremos ver, a jurisprudência americana decerto seria um bom ponto de partida para perceber da

¹³⁷ Ressalvar no entanto uma justificação adicional do autor (2015, p. 118) para a não tipificação do GPS, referindo que o legislador “entendeu que se tratava de uma situação abusiva”. Não podemos, de forma alguma, acompanhar este alinhamento quando poderíamos aqui enumerar variados outros meios de obtenção de prova polimórficos com maior carácter de ofensividade. Admitimos que o autor se tenha excedido no pensamento ao analisar o acórdão do TRE que analisámos anteriormente, condenando o recurso abusivo do GPS durante 60 dias seguidos sem que houvesse qualquer tipo de controlo ou sindicância judiciária, considerando-a portanto intolerável à luz dos preceitos constitucionais e legais.

¹³⁸ Consideramos como marco o ano de 2007 quando se fez a última grande revisão de fundo do CPP, mormente nestas matérias.

importância desta consagração legislativa, ainda mais quando estamos perante um meio oculto de investigação¹³⁹.

Considera com efeito que o uso é portanto inadmissível e que, qualquer prova produzida por via da sua utilização, deverá ser considerada nula, e bem assim, à luz de uma corrente doutrinária mais radical, todas as que daí advierem, pugnando por um efeito à distância absoluto. Deixa por distinguir se o uso isolado ou curto em termos temporais configura igualmente uma acção abusiva que seja abrangível pela norma proibitiva e disciplinadora do art. 126.º n.º 3; ou se, este abuso intolerável só se arrastará quando o uso for cruzado com outras dimensões de recolha de prova.

Finda esta prospecção pelo quadro nacional passaremos de seguida ao pecúlio internacional, fazendo incursões pelos quadrantes continentais e anglo-saxónico de forma a complementar e assentar ideias mais sedimentadas.

¹³⁹ Mesmo dentro do espectro dos meios ocultos de investigação há que destrinçar categorias pois nem todos detêm o mesmo grau de ofensividade. Veja-se por exemplo o caso concreto do GPS que, contrariamente ao que induz o autor Cruz (2015, p. 115), este não contende nem posterga direitos de defesa como o direito à não auto incriminação pois não o leva “ a ditar inconscientemente para o processo confissões”. Diz ainda que a utilização de meios ocultos leva a que os visados “continuem a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma inocente, fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente autoincriminatório” (Cruz, 2015, p. 114). Desde logo a utilização de um qualquer meio oculto, onde se insere, reafirmamos, o uso do GPS, deve depender de uma *reasonable cause* ou suspeita fundada e, o que deve evitar é o uso desproporcionado para além dos limites da necessidade e proporcionalidade pois o visado continuará a conduzir a sua vida sem condicionamentos de monta, inclusivamente aqueles que digam respeito à sua actividade ilícita.

5. Visões de Direito Comparado

5.1. TEDH

Começaremos por perscrutar o mais alto dos Tribunais, o TEDH, que mais experiência tem na análise e sopesamento da proporcionalidade das restrições no campo dos direitos dos particulares visados por investigações criminais dos Estados.

O TEDH foi chamado apenas uma vez a abordar juridicamente a questão da geolocalização através de um dispositivo GPS – caso *Uzun vs Alemanha*, de 02 de Setembro de 2010.

O caso remonta ao ano de 1995 e versava sobre dois indivíduos que tinham ligações a uma antiga célula terrorista designada *Anti-Imperialist Cell* (*Antiimperialistische Zelle*), suspeitando-se que estes se estivessem a preparar para cometer um atentado bombista. Com efeito, de Outubro de 1995 a Fevereiro de 1996, ambos os suspeitos, entre os quais o recorrente, estiveram debaixo de vigilância apertada – vigilâncias nas comunicações, captação de imagens junto às suas habitações e dos seus progenitores. No sentido de facilitar a sua monitorização aquando das deslocações automóveis foram colocados dois transmissores de localização dissimulados na viatura do recorrente mas que, pouco tempo depois, foram detectados pelos suspeitos. O Departamento Federal optou então por colocar um dispositivo GPS na anterior viatura, mediante autorização do MP nos termos do art. 100c § 1 n.º 1 (b) do CPPa (agora art. 100h § 1 n.º2), tendo essa intervenção electrónica durado cerca de 3 meses até à detenção dos suspeitos. Com efeito, a prova recolhida pelo receptor GPS permitiu aos investigadores recolher informações vitais extraídas a partir das rotinas e padrões de comportamento dos suspeitos, sobretudo nos locais de paragem¹⁴⁰, alavancando posteriores diligências investigatórias.

O recorrente veio então fazer as seguintes alegações:

¹⁴⁰ Nesta sede, realçando o poder e relevância indiciária que o GPS pode ter, saliente-se a decisão *Schatschaschwili vs Alemanha*, de 17 de Abril de 2014, em que os dados recolhidos pelo GPS de um dos carros dos suspeitos (roubos e extorsão qualificada) colocou o mesmo muito próximo do local dos factos e permitiu uma correspondência temporal decalcada à dos factos.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

- i. Que a cláusula aberta do art. 100c, à altura dos factos, não comportaria a utilização de aparelhos como o GPS pelo que, não estando tipificado, estaria condenado ao regime das proibições de prova;
- ii. Que o uso de instrumentos tecnológicos contendentes com direitos fundamentais, sem concretização positiva, afronta as imposições comunitárias – art. 8.º n.º 2 da CEDH – de reserva de lei e previsibilidade normativa;
- iii. Que a decisão, por ser um meio insidioso e oculto, deveria ter recaído sobre uma autoridade judicial e não sobre o MP, depauperando-se garantias fundamentais; e
- iv. Que esteve, desproporcionalmente, a ser sujeito a uma ultra vigilância que violaram as suas razoáveis expectativas de privacidade.

Até à subida ao Tribunal de Estrasburgo, todos os Tribunais alemães rejeitaram estes fundamentos, recenseando o seguinte argumentário na «pessoa» do Governo alemão:

- i. Que o crime em investigação detinha uma gravidade substancial;
- ii. Que o meio utilizado era o menos intrusivo quando comparado com os demais – escutas e captação de imagem – e foi utilizado na base de uma utilização proporcional e subsidiária;
- iii. Que é aceite, unanimemente, pelos Tribunais superiores alemães a inserção sistemática do GPS como forma de vigilância à distância;
- iv. Que não se colocava a necessidade de a medida ser autorizada por um juiz face à sua veste de complementaridade face aos demais meios de obtenção em cena;
- v. Que o dispositivo não visou directamente o recorrente, antes a viatura do seu colaborador, pelo que aquele apenas permitia saber onde aquela estava parada, não prestando informações sobre os seus ocupantes, descartando desta feita um cenário de ultra vigilância, mesmo que a medida estivesse a operar em simultâneo com outros meios de investigação ocultos.

O TEDH apreciou e verteu a seguinte matriz decisória:

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

- i. Considerou que a utilização de dispositivos GPS está em “*accordance with the law*”, respeitando com efeito o primado da reserva de lei;
- ii. Que a tipicidade não obriga a uma redacção exhaustiva de todos os meios enquadráveis da cláusula aberta de meios funcionalmente aptos para o propósito teleológico da norma, antes deve o regime respeitar a condição de *foreseeability*, definindo com concretude as circunstâncias, dimensões e limites de utilização – objectivas e subjectivas – do meio de produção, cumprindo desta forma os requisitos prescritos no art. 8.º n.º 2 da CEDH;
- iii. Que tratando-se de um meio tecnológico a tarefa legislativa deve ser a mais arreigada possível de forma a não deixar margens de oportunidade tendentes ao recurso arbitrário, promovendo assim uma blindagem garantista, o que acontece com no caso *sub judicio*;
- iv. Exclui a utilização do GPS do espectro das telecomunicações, definindo-o como menos insidioso;
- v. Afasta a ideia de uma suposta ultra vigilância, mesmo que à altura não existisse a disposição do art. 163f § 4 (agora eliminado), permitindo um controlo judicial posterior a partir do 30 dia de observação, considerando ainda assim que as garantias de proporcionalidade foram asseguradas pelo tribunal e que os 3 meses de vigilância não foram excessivos;
- vi. Ademais, e na sequência do ponto anterior, considerou garantia suficiente a revisão e homologação de legalidade feita pelos juízes nas fases subsequentes do processo, defronte a uma medida de modesta ingerência; e
- vii. A utilização da medida foi proporcional na medida em que outras (até mais ofensivas) não surtiram resultado;

Apenas algumas breves notas considerativas.

O TEDH considera que a vigilância electrónica foi usada num puro quadro de proporcionalidade quando outros meios se revelaram ineficazes. Ora, não podemos deixar de revelar a nossa estranheza pela manutenção das demais medidas intrusivas – captação de imagem e escutas telefónicas – até ao dia em que se precipitou a detenção dos suspeitos. Será que haveria legitimidade para prorrogar a sua utilização quando, até à altura, elas se revelaram manifestamente inúteis já que os suspeitos desconfiavam que

estavam a ser escutados e vigiados, tendo cautelas nas proximidades das suas habitações e cuidados suplementares nos conteúdos transmitidos ao telefone. Não deveriam ter cessado, pelo menos uma delas?

Mais, o TEDH afasta a ideia de uma ultra vigilância quando, como referimos ainda agora, o suspeito este a ser monitorizado em casa – sua e da sua mãe -, no carro e no telefone durante 3 meses consecutivos? Para não falar das vigilâncias policiais complementares que aqui são uma variável desconhecida. Temos algumas reservas sobre a determinabilidade deste conceito face a sua enorme amplitude subjectiva, carecendo, julgamos nós, de uma densificação objectiva.

Mais, e tendo presente a evolução da lógica de entendimento do Tribunal de Estrasburgo relativamente às dimensões da vida privada, descolando-se do velho paradigma do domínio privado e público perfeitamente compartimentados¹⁴¹, este fica um pouco aquém das expectativas ao analisar deficitariamente o real potencial danoso do cruzamento de toda a informação coligida pelo GPS ao longo de 90 dias. O autor Soares (2015, p. 14) citando Alcaraz, reprova a decisão neste sentido, referindo que o Tribunal deixou “de considerar o potencial directamente atentatório à vida privada que a interconexão de dados aparentemente inofensivos pode apresentar”. Neste sentido refere que o TEDH, ao decompor o caso, não teve presente os princípios da teoria do mosaico olvidando a dinâmica correlacional que se pode estabelecer cruzando e burilando os dados, permitindo a construção de traços comportamentais, rotineiros e de personalidade do visado que mereceriam, quiçá, outra protecção. Este cenário agudiza-se ainda mais quando, em simultâneo, como vimos, temos outros meios ocultos a canalizar massiva e ininterruptamente informação, podendo, no limite, configurar-se um cenário de «ultra-vigilância» que o Tribunal quis afastar. Faltou aquele Tribunal, na nossa ideia, fazer uma leitura holística que ponderasse da utilização cumulativa e algo prolongada de vários meios de obtenção de prova, não sendo bastante o argumento aventado de que o visado era apenas, parcialmente, monitorizado quando utilizava o carro.

¹⁴¹ A decisão *Peck vs UK*, de 28 de Janeiro de 2003, retrata bem esse rompimento ideológico, considerando o conceito de «vida privada» muito mais amplo, abrangendo a interacção do indivíduo com outras pessoas, mesmo no espaço público. Passa, como diz Frederica (2013, p. 380) “a englobar, não só o direito à protecção da identidade e do desenvolvimento pessoal, mas também o direito ao estabelecimento e desenvolvimento de relações pessoais com terceiros.

Relembrar também que embora o TEDH já tenha firmado por variadíssimas vezes a necessidade de haver uma base jurídica conformadora ao recurso de determinados meios de investigação – reserva de lei – esta não deve ser entendida como tabloidiária, mas de uma forma elástica, ou seja, sendo mais exigente, rigorosa e meticulosa perante domínios de obtenção de prova mais insidiosos, detendo um critério mais lasso perante medidas mais brandas, onde, aparentemente, enquadra o uso do GPS (Soares, 2015, p. 13)¹⁴². Veja-se no caso concreto a aceitação da base processual alemã que, não prevendo taxativamente o uso do GPS, detém, na óptica do Tribunal, uma matriz protectora com limites genéricos suficientemente estabelecidos para que se evitem usos desmesurados ou desproporcionados. Voltaremos a esta questão quando fizermos a incursão pelo direito alemão.

5.2. Alemanha

A Alemanha é, a par da França, o único país que detém regulação sobre a geolocalização ainda que não o faça tão detalhadamente como o ordenamento francês. De destacar com gáudio a forma mais ou menos hierarquizada com que o legislador alemão sistematizou todas as constelações ocultas de obtenção de prova § 100 - §)100j do CPPa, obviando a que, como acontece no ordenamento português, se alastrassem pelo registo extravagante¹⁴³. A pedra angular do ordenamento alemão fixa-se pois na taxatividade ou tipicidade dos meios de investigação e vigilância de forma a encurtar as margens de oportunidade na perseguição penal. O autor Ross (2005, p. 4) vinca bem esta ideia dizendo que “*the more modes of surveillance the state deploys, the less each*

¹⁴² O TEDH chega a ir mais longe defendendo um “concepção elástica do termo «lei», indo além do seu sentido estrito, de modo a incluir, também normas infralegais e construções jurisprudenciais” (Signorato, 2012, p. 604), ideia que é transposta da decisão *Kruslin vs França*, de 24 de Abril de 1990, onde aquele Tribunal entendeu que o termo «lei» devia ser entendido num visão materialmente mais ampla que a formal.

¹⁴³ É sobre este registo algo anacrónico e difuso que Andrade (2009, p. 116) dirige grande parte da sua crítica à revisão processual de 2007, reclamando uma boa oportunidade perdida pelo legislador que, negligentemente, não cuidou de prosseguir um “exigente labor de filigrana (...) [que passava pelo] levantamento (...) actualizado de todos os meios ocultos de investigação bem como a sua hierarquização, tanto na direcção da danosidade como da respectiva idoneidade teleológica”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

additional covert technique contributes at the margin and the more difficult it becomes to justify its use. In this way, the system for regulating covert surveillance powers pursues proportionality between investigative means and evidentiary payoffs. It avoids the nightmare scenario of “total surveillance” that the FCC [Federal Constitutional Court] recognizes as constitutionally prohibited”, aquilo a que o TCFa, no seu Ac. de 12 de Abril de 2005, define como *Rundüberwachung* ou ultra vigilância e que atenta em primeira instância contra a dignidade da pessoa humana, limite absoluto ôntico – art. 1 n.º 1 da *Grundgesetz* (Ca) – e, num segundo momento, contra a *law of personality*, i.e., o direito da pessoa não ser afrontada na sua esfera de autonomia privada – art. 2 n.º 1 da Ca.

O TCFa é peremptório em distanciar a vigilância electrónica das vigilâncias acústicas ou vigilância nas telecomunicações, considerando-a uma medida menos intrusiva que poderá até facilitar e obviar a que se tenha que fazer recurso aquelas numa óptica de pura subsidiariedade. Esta linha diferenciadora é igualmente patenteada pela sua inserção numa cláusula de pura proporcionalidade *strictu sensu*, admitindo-se a sua utilização quando outros meios menos intrusivos se revelem ineficazes e a investigação seja difícil de prosseguir. Já no caso das vigilâncias nas telecomunicações e sobretudo nas vigilâncias acústicas, estas últimas indiscutivelmente aquelas que mais oneram as esferas fundamentais, apenas será possível socorreremo-nos delas em situações de extrema indispensabilidade, aquilo a que o CPPa designa por *aussichtslos oder wesentlich erschwert*. O recurso apenas será possível quando a investigação se afigurar quase impossível ou muito difícil de prosseguir, e esta densificação requisitória deve-se ao facto de ambas deterem um potencial de intrusividade que poderá, em abstracto, afrontar a já mencionada *core sphere of privacy*. Esse limite ficou bem recenseado pelo legislador alemão ao determinar a imediata interrupção da vigilância sempre que esta afrontar limites de intimidade invioláveis – e.g. § 100c n.º 4 e 5 do CPPa.

No caso da geolocalização por GPS o legislador alemão não considerou que este fosse susceptível de invadir esse reduto de intimidade, linha que o STFa, no Ac. de 12 de Abril de 2005, veio sufragar dizendo expressamente que o “uso do GPS, individualmente ou em conjunto com outras técnicas de vigilância policial, não violam a protecção constitucional *Kernbereich (núcleo de intimidade) consagrada nos artigos e 1 e 2 da Grundgesetz*”. Foi então, nesta linha intermédia de ingerência, que foi

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

desenhado o § 100h (1) 2 do CPPa, permitindo o recurso a meios técnicos para vigilâncias.

Antes de percorrermos a estrutura típica do artigo importa fazer menção à aparente segmentação que o legislador fez em relação à localização celular na modalidade de IMSI-catcher - § 100i – conferindo a este último um regime mais restritivo ainda que afastado do espectro reservado ao sigilo das telecomunicações. A geolocalização celular detém para o legislador alemão, aparentemente, uma idoneidade teleológica distinta que exige uma maior protecção.

O § 100h (1) do CPPa não delimita um catálogo fechado de instrumentos passíveis de serem utilizados, pelo que é um regime de cláusula aberta¹⁴⁴ que aparentemente, voltamos a referir, exclui a localização celular a quem dá um regime autónomo. Permite a utilização desta técnica num universo delimitado de crimes de maior gravidade, embora não concretizando nem remetendo para outra disposição, de forma a recolher elementos probatórios conducentes à demonstração do *thema probandi* ou ao descortínio do paradeiro do(s) autor(es). Pode este instrumento visar outras pessoas que não o suspeito caso, nos termos do § 100h (2) 2, existam indícios fundados que essas mantêm contacto com o suspeito ou que a sua monitorização irá permitir deslindar o paradeiro deste último.

A competência para autorizar esta medida é, segundo leitura articulada e inferencial, do MP. Esta disposição tem que ser necessariamente lida em conjunto com o § 163e e § 163f do CPPa, que determina e regula as vigilâncias e ultra vigilâncias policiais, respectivamente. Nos termos do último inciso quem detém competências para ordenar a vigilância é o MP, exceptuando-se casos de vigilância contínua/permanente que extravasem 24h ou que vão para além de 2 dias, que já carecem de uma autorização judicial, sem prejuízo de o MP ou os Oficiais da Polícia Judiciária o poderem determinar em casos de urgência - § 163f (3) – ficando essa ordem sujeita a um escrutínio posterior do juiz que terá ou não que a subsecrever num prazo máximo de 72h. Esta disposição foi sujeita a uma recente alteração legislativa que veio restringir de sobremaneira a competência do MP. A redacção inicial do artigo, que data de Novembro de 2000, exigia um controlo judicial da medida a partir do 30 dia de vigilância (Jacoby, 2005) – antigo § 163f (4).

¹⁴⁴ Permite e.g. o recurso a um *beep* ou a um *drone* para rastreamento posicional.

Assombram-nos todavia umas quantas dúvidas de aplicação legal face à inexistência de densificação conceitual do conceito de vigilância contínua 24/24h. Deve-se presumir que a monitorização de uma viatura através de GPS deve caber nesse espírito teleológico ou apenas se a mesma for complementada com uma observação presencial que permita reafirmar o comportamento da pessoa monitorizada? Então e se em paralelo ao rastreamento electrónico o suspeito estiver a ser vigiado nas suas comunicações já é de considerar o preenchimento típico da norma? E se o rastreamento posicional for feito através do receptor GPS instalado no telemóvel do suspeito esta acção já é subsumível no conceito de ultra-observação? Estas são algumas das questões que nos ressaltaram da análise feita ao articulado e para as quais não conseguimos ter resposta. De qualquer das formas parece-nos que a alteração legislativa foi longe de mais ao exaurir quase completamente a margem de acção do MP circunscrevendo-a, no máximo, a um período de 2 dias de observação o que é quase impraticável e, julgamos nós, saturadamente proporcional. Ademais, olvida questões essenciais como o armazenamento dos dados informacionais recolhidos ou necessidades pontuais de invasão em domínios patrimoniais de forma a garantir a exequibilidade da medida.

Parece-nos, ao contrário do que é defendido por Soares (2015), o regime alemão oferece todas as garantias mínimas para a utilização, indo até, como acabamos de dizer, longe demais por exigir que o controlo seja assegurado pelo JIC dois dias depois de ser ter iniciado a sua utilização, considerando mais moderado a anterior norma - § 163f (4) – que previa um prazo de 30 dias para o controlo jurisdicional. Nem sempre é fácil ao legislador conseguir, exaustivamente, encaixar singularmente as técnicas de investigação, podendo, como no caso concreto, desenhar uma norma que agrupe todas as técnicas de vigilância pessoal – norma de cláusula aberta - tendo sempre a possibilidade de, perante o surgimento de uma técnica que exija um tratamento isolado, positivá-la nesse sentido¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Veja-se a título exemplificativo o legislador suíço que, à semelhança do alemão, consagrou um regime semelhante que epigrafou como «*Observation*» – vide *section 3, article 282.º e 283.º* do CPP suíço.

5.3. França

Até muito recentemente o ordenamento jurídico francês passava pela mesma tormenta que o português e espanhol, ausência de reserva positivadora da figura da geolocalização e que levou, pontualmente, a *Cour de Cassation – Chambre Criminelle* a deliberar e rejeitar o recurso a este tipo de instrumentos por inexistência de regime habilitador, declarando nula toda a prova recolhida através da sua utilização.

Em três situações o dito Tribunal considerou essencial a existência de uma reserva de lei que determinasse com exactidão as condições de utilizabilidade à luz dos preceitos de previsibilidade e determinabilidade consagrados no art. 8.º n.º 2 da CEDH para restrições de direitos. O Ac. de 15-10-2014 é claro quanto a esta questão arazoando conclusivamente que *“en vertu de l'article 8, § 2, de la Convention européenne, toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit reposer sur une base légale suffisamment claire et précise ; que « dans le contexte de mesures de surveillance secrète la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilité la puissance publique à recourir à de telles mesures”*. Neste sentido vai também o Ac. 22-10-2013 que, à semelhança do anterior, considera ilegítima a autorização do MP para o recurso a forma de investigação que contende com a privacidade das pessoas, devendo essa incumbência recair sobre um juiz. Refere o mencionado aresto que a *“technique dite de " géolocalisation " constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge”*, único capaz de acautelar procedimentos arbitrários cabendo-lhes assegurar *“que cette ingérence dans la vie privée de la personne concernée était proportionnée au but poursuivi”*. Neste sentido menção ainda a fazer ao Ac. de 22-11-2011 que anulou a decisão do JIC que permitiu a instalação de um dispositivo GPS numa viatura de um suspeito do crime de tráfico de estupefacientes pelo facto de a polícia judiciária ter tido a necessidade de se introduzir na garagem daquele tendo-o feito com a autorização do JIC que, à luz do CPPf – art. 706-96, não detém competências para o determinar, antes o Juiz das Liberdades e da Detenção¹⁴⁶. Se não fosse essa incompetência decisória a argumentação da Cour de

¹⁴⁶ O sistema criminal francês tem esta distinção por ainda manter recortes de um modelo de investigação inquisitório onde o JIC é quem detém as rédeas de investigação detendo, é certo, algumas

Cassation iria no sentido de homologar a decisão por ter sido tomada por um juiz, fazendo jus às exigências de cautela e controlo prévio que os dois anteriores acórdãos pontificaram de forma lapidar.

Eis que em 2014 o legislador francês cumpre a sua tarefa preenchendo esta clara lacuna no ordenamento penal adjectivo, implementando a Lei 372/2014¹⁴⁷, de 28 de Março que veio regulamentar de forma detalhada o regime da geolocalização. Já é com base neste *novum* regime que a Cour de Cassation veio, no Ac. de 06-01-2015, relativamente a uma investigação sobre factos de 2013, a aceitar como válida a geolocalização autorizada pelo MP durante um prazo de 3 dias, não considerando a ingerência excessiva à luz dos preceitos constitucionais e comunitários estando inclusivamente conforme o limite imposto pela nova legislação, ainda que não aplicável à altura dos factos.

Vamos agora, de forma telegráfica, sumariar as disposições legais mais importantes no regime agora em vigor:

- i. A geolocalização pode, por questões de necessidade, durante o inquérito (inclui aqui algumas modalidades de inquérito próprias do código francês - *enquête de flagrance* e *enquête préliminaire*), ser feita por qualquer meio técnico que permita, em tempo real, obter a localização de uma pessoa, veículo ou objecto, sem o conhecimento do seu proprietário ou possuidor – art. 230-32;

competências restritivas que o MP em Portugal não tem, mas cabendo ao Juiz das Liberdades e da Detenção as decisões de monta no quadro das ingerências fundamentais.

¹⁴⁷ O autor Vergès (2012) critica a moratória e passividade do legislador francês que já em 2004, com a Lei 2004/2004, de 9 de Março «*portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*», podia e devia ter previsto e consagrado a geolocalização no universo dos meios de obtenção de prova por não ser propriamente uma técnica desconhecida e ser empiricamente reconhecida nos meandros da prática policial. Refere o autor que “*la pose de balises dans les véhicules de personnes suspectées ou poursuivies était déjà intégrée à l’époque parmi les procédures d’enquête. Le fait de pouvoir suivre les mouvements de suspects constitue déjà un atout pour la police judiciaire. Elle permet d’obtenir des informations précieuses sur les personnes surveillées et, dans le meilleur des cas, de procéder à des arrestations au moment de la commission de l’infraction ou de sa tentative. En revanche, sans base légale, l’usage de la géolocalisation ne permet pas de retranscrire les mouvements de la personne surveillée dans un procès-verbal et de verser cette preuve au dossier*”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

- ii. Tem um universo de crimes delimitados que possibilitam o seu recurso em sede investigatória: a partir de três anos para o crime de evasão ou apoio a actos terroristas (art. 434-27 e 434-6 do CPf, respectivamente); e crimes a partir de 5 anos de prisão – art. 230-32;
- iii. A autorização para o recurso à geolocalização recai sobre o MP sendo que mesma terá um prazo de duração limitado de 15 dias sendo depois reavaliada pelo Juiz das Liberdades e da Detenção que poderá prorrogar por um mês, renovável até um máximo de 4 meses – art. 230-33;
- iv. Pode o MP, numa situação de *periculum in mora*, e para crimes a partir de 5 anos, autorizar a colocação de um dispositivo GPS num local privado – habitação, garagem armazém, dentro de um veículo – sujeitando a autorização a um processo de convalidação do Juiz das Liberdades e da Detenção – art. 230-34;
- v. Pode a APC (Oficial da Polícia Judiciária), em caso de urgência resultante da perda eminente de prova ou de atentados graves à vida ou integridade física, determinar o seu recurso, informando, o mais rapidamente e pela via mais expedita, o MP ou o Juiz das Liberdades (dependo ou não da necessidade de violar domínios privados nos termos do ponto anterior), sem prejuízo de uma comunicação formal sob a forma de relatório, os quais sindicarão a legitimidade da decisão num prazo máximo de 24h – art. 230-35;
- vi. Para além dos registos de localização relevantes à cadeia de prova todos os restantes são guardados num dossier próprio e juntos ao inquérito permitindo uma consulta a todo o tempo nas fases processuais subsequentes – art. 230-39.

O regime é bastante detalhado e parece-nos agradavelmente equilibrado ficando talvez um pouco aquém na fixação clara do horizonte subjectivo sobre o qual a medida pode ser aplicada, aparentemente a qualquer pessoa, e também na eventual necessidade de distinção entre a geolocalização descontínua (celular e através de GPS em tudo o que não envolva o sujeito) e a geolocalização permanente ou ultra vigilância.

5.4. Espanha

Em Espanha, tal como em Portugal, não existe um regime positivado para a geolocalização pelo que teremos que nos socorrer das leituras e contributos da jurisprudência dos Tribunais Superiores que por inúmeras vezes foram chamados a debruçar-se sobre esta questão.

Existe uma clara corrente que tenta colar o rastreamento GPS ao sigilo das telecomunicações previsto no art. 18.º n.º 3 da Constituição espanhola, que tem sido redondamente afastada pelo STJe – Ac. 562/2007, 523/2008 e 798/2013 – tendo por base os fundamentos recentemente ditados pelo TCe, no seu Ac. 170/2013, de 7 de Outubro. Muito sumariamente a fundamentação assenta em 3 premissas fundamentais:

- i. Inexistência de destinatário cognoscível por estarmos perante uma rede aberta que está disponível a qualquer pessoa que a queira utilizar que exclui a necessidade de um mediador ou intermediário como acontece nas comunicações electrónicas *latu sensu*;
- ii. A teleologia prescrita pelo art. 18.º n.º 3, decalcada entretanto no regime das vigilâncias nas telecomunicações do art 579.º do CPPE, não protege máquinas, apenas pessoas. Com o sistema GPS, ainda que se pudesse, de forma ampliadora, dizer que estamos perante uma comunicação, ela não é mais do que uma transmissão de informação que é recebida e traduzida por um receptor para a prestação de um serviço de navegação; e
- iii. Porque a «comunicação» não se transmite por um canal fechado de comunicações, gerido e mediado por um terceiro (operadora), sobre o qual se exigiam garantias de confidencialidade dos dados e conteúdos pessoais.

A questão deve então ser redirecionada para a tábua constitucional positivada no art. 18.º n.º 1 e 4 da Constituição espanhola¹⁴⁸, que confere protecção da

¹⁴⁸ Neste sentido defende Lainz (2014) referindo que “este tipo de dispositivos no generan una especie de comunicaciones en las que participara de manera forzada la persona que conduce o transporta el objeto de la vigilancia. La emisión de tales señales, en cualquier caso, se produce de forma ajena a la participación de personas, tiene lugar de máquina a máquina; y el hecho de que en cierto modo dicha persona participe de la generación de la información que emite la baliza, o sea detentador de una posesión sobre el objeto de la vigilancia, no le convierten en titular de esa forma peculiar de

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

privacidade/intimidade, pessoal e familiar, e personalidade (n.º 1) e limita o uso da tecnologia da informação à reserva e autodeterminação pessoal (n.º 4). Os dados recolhidos através do GPS¹⁴⁹ não se encontram com efeito desprotegidos, gozam de uma protecção constitucional que deve ser salvaguardada e mantida dentro de limites exigíveis e proporcionais no processo penal.

O STe nas decisões 562/2007 e 798/2013, firma a ideia clara de que a instalação destes dispositivos, pela sua reduzida ingerência na privacidade da(s) pessoas visadas, não carece de autorização judicial podendo ser levada a cabo pela polícia. A primeira resolução jurisprudencial mencionada, que aborda a instalação de uma baliza de rastreamento numa embarcação, refere que *“la colocación de esa baliza permitió realizar el seguimiento de la embarcación, ubicarla en alta mar y para su colocación, en los exteriores del barco, no se precisó ninguna injerencia en ámbitos de intimidad constitucionalmente protegidos. Se trata, en definitiva, de una diligencia de investigación, legítima desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiriera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial”*. Já o segundo aresto, afastando de forma veemente a inclusão no universo de meios potencialmente agressivos na esfera de intimidade da pessoa, demarcando o GPS de outras formas de seguimento/vigilância acústica e visual que *“regla general son mas susceptibles de interferir en el derecho de la persona al respeto de su vida privada, porque revelan unas informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos”*.

comunicación. En definitiva, ni nos encontramos ante una comunicación o cadena de comunicaciones protegidas por el art. 18.3 CE, ni podemos entender que el sujeto investigado fuera titular de dichas comunicaciones automáticas. Las balizas despliegan su potencial injerencial en el exclusivo ámbito del derecho a la intimidad”.

¹⁴⁹ Refere o TCe no Ac. 173/2011, debruçando-se sobre o armazenamento massivo de informação possibilitada por estas hodiernas tecnologias permite traçar um *“perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”*. Tem ainda assim havido alguma permissividade no acesso à informação contida em aparelhos GPS de viaturas e embarcações em situações de necessidade e urgência na intervenção por parte da Polícia Judiciária espanhola – Ac. do TCe 70/2002, de 03 de Abril, e 72/2010, de 18 de Outubro, este último decidindo pela desnecessidade de autorização do acesso aos dados GPS de uma aeronave no sentido de recolher informação sobre as rotas de transporte de estupefaciente.

O Ac. 906/2008 do STJe foi instado a apreciar uma situação de suposto excesso de geolocalização, que afastou alertando todavia para o risco de se a ingerência na privacidade e liberdade deambulatoria – art. 17 n.º 1 da Ce - se poder maximizar face à ausência de norma habilitante que imponha limites de utilização deste instrumento. A insuficiência reguladora poderá trazer resultados desastrosos que nem o esforço de superação dos órgãos jurisdicionais conseguirá acautelar, pelo que se impõe a fixação de marcos normativos estabilizadores das garantias constitucionais¹⁵⁰ e repelentes da avidez dos aplicadores.

No que tange a geolocalização feita através das antenas BTS existe outrossim uma transversalidade de entendimento do STJe¹⁵¹ no sentido de a considerar uma intromissão pouco grave na privacidade da pessoa já que, citando o Ac. 681/2013 do STJe, *“esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia”*. Confere com efeito, indo ao encontro daquilo que já defendendo anteriormente, que a localização celular comporta uma intrusividade muito menor que aquela que o nosso legislador lhe pretendeu dar.

5.5. Itália

O ordenamento italiano, à semelhança de Portugal e Espanha, não detém previsão legal¹⁵² para a geolocalização através de GPS. A *Corte di Cassazione* já por várias vezes tem equiparado a localização por satélite como uma medida com

¹⁵⁰ O TEDH, no caso *Prezhdarovi vs Bulgaria*, de 30 de Setembro de 2014, aconselha neste sentido, defendendo a necessidade de estabelecer comandos de controlo e restrição tendentes a proteger, na medida do possível, ingerências na privacidade das pessoas, limitando-as ao tempo estritamente indispensável.

¹⁵¹ Destacam-se também as decisões n.º 706/2006, 906/2008, 772/2012 e 681/2013 que seguem todas aquele vector dogmático.

¹⁵² A autora italiana Signorato (2012, p. 583) refere isso mesmo dizendo que o *“monitoraggio tramite tracker GPS integra una modalità investigativa non espressamente disciplinata dal codice”*.

equivalência funcional à tradicional vigilância policial¹⁵³ – Ac. n.º 9667, de 10 de Março de 2010 e n.º 14529, de 10 de Janeiro de 2012 – integrando pois o alcance teleológico dos art. 55.º, 347.º e 370.º do CPPit que institui as funções da Polícia Judiciária, e firmando a desnecessidade da sua autorização por “*decreto autorizzativo*” (Gentile, 2010) do MP. Também ali se verificaram tentativas várias de colagem às disposições legais relativas às ingerências nas telecomunicações – art. 15.º da Ci e art. 266.º e ss. do CPPit – todavia, sem sucesso por não estar em causa “*la captazione clandestina da parte di un soggetto terzo del contenuto di una comunicazione riservata tra due o più persone*” (Ac. da Corte di Cassazione n.º 36747, de 28 de Março de 2003), antes um sinal aberto que está à “*disposizione dell’intera collettività*” (Signorato, 2012, p. 584). Esta é a solução que Bovio (2013, p. 30) designa por “*la soluzione preferibile*” mas que não é aquela que se intui mais adequada face à capacidade panóptica – um misto de precisão e prolongamento - que dota este tipo de ferramenta e à qual está associada uma “*maggiore invasività*” (Signorato, 2012, p. 589).

O plano de discussão deve ser recentrado então na dimensão compressora que este tipo de técnica tem sobre a privacidade da pessoa – art. 13.º da Cit – e sobre a sua liberdade deambulatoria – art. 16.º da Cit. A via da atipicidade não é aconselhável quando estamos a falar de quadros de restrição, a legitimidade advém da legalidade,

¹⁵³ Frederica (2013, p. 376) assinala isso mesmo dizendo que “*the Italian Supreme Court of Cassation finds no significant difference between such technologically characterized tailing and traditional tailing and considers both as an atypical investigative activity, subject to the admissibility rule of art. 189.º of the Code of Criminal Procedure, which allows the admission of any evidence not specifically regulated by procedural law if it is capable of revealing the facts and does not violate a person’s freedom of self-determination*”. Atente-se à decisão da Corti di Cassazione n.º 21366, de 28 de Maio de 2008, referindo-se à localização celular e excluindo-a do retrato típico das escutas telefónicas, mencionado assim que “*le attività di localizzazione dei soggetti effettuata attraverso l’apparecchio cellulare di cui abbiano il possesso, non sono assimilabili alle attività di intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche, la cui utilizzazione è disciplinata dagli artt. 266 e ss. c.p.p.: la tecnica del “positioning” trattandosi di attività da cui trarre tracce o elementi di prova, può farsi rientrare tra gli atti urgenti demandati agli organi di Polizia Giudiziaria, ai sensi degli artt. 55 e 348 c.p.p. e, come tale, non è subordinata alla preventiva autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria, consistendo l’operazione in una sorta di pedinamento a distanza*”. Há no entanto autores como Tonini e Conti (2014, p. 467) que, sem se alongarem muito em termos de argumentário, consideram o seguimento electrónico mais intrusivo que o tradicional.

uma legalidade que define os “*casi e modi stabiliti dalla lege secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale*” (Signorato, 2012, p. 597). Embora se assuma que o recurso ao GPS como técnica investigatória traduz uma “*modesta lesione del diritto al rispetto della vita privata*” (Signorato, 2012, p. 603), isto não significa que ela não deva ser regulada, tanto mais que a dosimetria lesiva não é estanque e pode facilmente dimensionar-se em “*casis di monitoraggio particolarmente prolungado nel tempo*” (Signorato, 2012, p. 603), impondo-se, conforme sugestão reiterada do TEDH, “*un più ridotto plafond di garanzie, rappresentato da una «base legale», anche genérica, a cui si accompagni peraltro la previsione di una tutela adeguata contro ingerenze arbitrarie*” (Signorato, 2012, p. 604). Só assim será possível limitar o acesso indiscriminado à esfera de privacidade da pessoa respeitando o intrínseco direito ao anonimato ou *right to be alone* que, nas palavras de Gentile (2010, p. 1473), traduz “*el diritto di ciascuno a non ricevere indebite e prolungate intrusioni nella propria sfera individuale, anche quando per libera scelta agisca in luoghi pubblici*”.

É opinião maioritária do universo dogmático que esta ferramenta, pela sua natureza oculta, deva cingir-se a um quadro de crimes especialmente graves e organizados, e que a medida deva radicar-se num reduto de judicatura, estando sempre dependente de uma “*pre-authorization by the public prosecutor*”¹⁵⁴ (Frederica, 2013, p. 382) e, marginalmente, “*del giudice qualora il monitoraggio si prolunghi per periodi particolarmente lunghi*” (Signorato, 2012, p. 606).

Anotar ainda duas peculiaridades que destrinçam o ordenamento italiano do nosso. O primeiro tem que ver com a classificação restritiva que legalmente é atribuída a dados coligidos através de comunicações não humanas, como é o caso do GPS, que não revestem a dignidade de dados pessoais segundo a autoridade italiana para a protecção de dados pessoais – semelhante à nossa CNPD -, e portanto fora do manto de protecção da Lei de Privacidade, n.º 675 de 31 de Dezembro de 1996. Ora, não detendo esta codificação jurídica, é facilmente afastável a teorizável ideia que esta prática não contenda com a autodeterminação pessoal que é critério, nos termos do art. 189.º do

¹⁵⁴ Uma decisão recente da *Corte di Cassazione*, de 13 de Fevereiro de 2013, vem reforçar esta ideia firmando a desnecessidade de autorização judicial para o recurso ao GPS, um pouco à semelhança do que acontecer para os chamados dados de tráfego ou dados externos às comunicações que podem ser autorizados por ordem do MP nos termos do art 132.º, n.º 3 do CCPit, contrariamente ao que se verifica no quadro nacional cujas ingerências nesta álea são da exclusiva responsabilidade do JIC.

CPPit, para expurgar vias de integração atípicas. O uso do GPS não é entendido como compressor desta liberdade “visto que o indivíduo, sem consciência de que está sob investigação, mantém preservada suas escolhas e acções rotineiras” (Soares, 2015, p. 18).

O bloco da privacidade, está visto, não se configura como contra peso neste sistema de blocos, não detendo o mesmo grau de importância e dignidade que a Lei nacional lhe confere.

5.6. EUA

O foco de discussão nos ordenamentos americano segue um diapasão completamente distinto dos ordenamentos continentais que até agora temos vindo a escarpelizar. A matriz americana mantém ainda hoje fortes raízes de historicidade ligadas ao vetusto primado da propriedade que foi, aquando da redacção da primeira Constituição America, em meados do séc. XVIII, uma das suas pedras angulares. Existia uma forte protecção do domínio patrimonial das pessoas contra toda e qualquer tipo de intrusão, era um direito orientado para o palpável, para a tangibilidade das coisas e nem tanto para o homem que hoje é, indiscutivelmente, o obelisco determinante dos quadros normativos com raízes continentais.

É no domínio conceitual da 4.^a Emenda Constitucional que encerram as mais aceras discussões no plano das garantias e da legitimidade das ingerências estaduais no âmbito da perseguição penal. A referida disposição constitucional, numa vertente proibitiva ou negativa, garante “*the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seize*”. O conceito de *search* deve ser interpretado de forma lata como uma intrusão, não detendo o significado padrão de busca que conhecemos. É portanto esta a linha axiomática que deve pautar programaticamente a actuação dos organismos da justiça no campo da perseguição penal.

Perdura ainda, hodiernamente, um tradicionalismo teleológico que limita as dimensões da privacidade a uma confirmação física de intrusão, i.e., as razoáveis

expectativas de privacidade continuam a definir-se muito em torno do nosso domínio patrimonial e das eventuais intrusões que aquele sofra. É aquilo a que Farahany (2012, p. 1241) refere como “*property law*”. Ora, há muito que as dimensões da privacidade ultrapassaram a segurança que as barreiras físicas – casa, carro ou pessoa – lhe conferiam há uns séculos quando hoje se assiste a uma propagação epidémica de formas remotas de acesso a dados pessoais sem que para isso se tenha que verificar uma intrusão cognoscível, ou melhor, inteligível. A codificação tradicional já não serve as exigências actuais de protecção dos redutos de intimidade e deve ser alargada e actualizada face à maior permeabilidade e vulnerabilidade do cidadão atente aos riscos da era tecnológica reinante, sob pena de vermos defraudadas, cada vez mais, as nossas expectativas privadas e o nosso direito ao anonimato.

A dogmática maioritária sugere pois um redireccionamento centrado na protecção da propriedade informacional, aquela que hoje é mais propícia de ser afectada graças à edificação de mundos e realidades digitais onde a palavra de ordem são os bits e as frequências electrónicas. Sem prejuízo de mantermos incólume o legado tradicional da *property law*¹⁵⁵ o direito americano deve abandonar a letargia latente, abrindo os seus horizontes ao ideário teleológico da propriedade intelectual. Subscrevendo as palavras de Farahny (2012, p. 1243) “*recognizing that Fourth Amendment privacy interests can arise from both property and intellectual rights helps to resolve both old and new riddles in Fourth Amendment law*”. Será concebível mantermos inalterado o referente quando hoje, sem nos apercebermos, podemos estar a ser escutados ou vigiados à distância através do telemóvel, câmaras, satélites, microfones telescópicos ou computador? O diapasão tem que mudar, só assim poderemos manter as expectativas de privacidade em níveis equilibrados.

¹⁵⁵ Veja-se o exemplo da decisão quase secular do ASC, caso *Olmstead vs USA*, de 4 de Junho de 1928, que considerou inexistir invasão ilegítima na esfera privada dos arguidos num caso em que a polícia interceptou as linhas telefónicas das habitações, não tendo para isso tido necessidade de invadir fisicamente o domínio patrimonial dos recorrentes. O Tribunal, seguindo sacramentalmente os corolários da *property law*, não teve como as considerar ilegais já que, tangivelmente, nenhuma dimensão física tinha sido afectada. Certo é que, passados quase cem anos, este ideário, completamente desfasado da realidade hodierna, continua a subsistir nas leituras interpretativas da 4.ª Emenda. Em igual sentido vai a decisão do ASC, no caso *Goldman vs USA*, de 27 de Abril de 1942, ao não considerar a existência de qualquer violação perante a utilização de uma escuta ambiental.

A (pequena) reviravolta no paradigma teve o seu berço na decisão do ASC, no caso *Katz vs USA*, que consideraram a intercepção de um telefone público violadora da 4.^a Emenda Constitucional por ferir as razoáveis expectativas de privacidade do escutado. O redactor do referido aresto faz mesmo questão de se demarcar, pela primeira vez, do argumentário ressequido dos casos *Goldman* e *Olmstead* referindo que estes “*are no longer good law*” e que “*the permise that property interestes to control the right of the government to search and seize have been discredeted*”. É com esta renovada visão, este novo escopo recentrado no Homem e não no lugar, que nasce uma fórmula que ainda hoje é usada nos Tribunais para determinar a conformidade constitucional das acções estaduais no domínio da privacidade, batizada com o nome *Katz test*. Este não é nada mais do que um teste ponderativo entre as expectativas individuais de privacidade (*individual subjective expectations of privacy*) e a razoabilidade objectiva do acção do Estado em conformidade com os valores e interesses da sociedade (*objective reasonableness*).

No plano das novas tecnologias, e na aferição da sua potencialidade danosa para o aqueduto da privacidade, é necessário perceber o seu grau de intrusividade e isso é revelado quer pelo tipo de invasão que este gera quer pela quantidade de informação pessoal que este permite obter. Hutchins (2007) fala-nos de uma fórmula algo redutora que fazia depender da funcionalidade extrassensorial ou sensitivo aumentativa do meio, o seu maior ou menor potencial intrusivo. Com efeito, instrumentos que permitissem apenas aguçar as nossas capacidades sensoriais – e.g. beeper, gravador, drone – seriam considerados pouco lesivos ou insidiosos e não dependentes de mandado, enquanto que aqueles que nos permitissem obter informação extra sensorial – e.g. leitor térmico¹⁵⁶, microfone acústico, despistagem canina – seriam integráveis numa categoria de elevada intrusividade e portanto carecedores de autorização. Está bem de ver que esta distinção não oferece garantias já que a discussão deve centrar-se não no meio mas sim na informação – quantidade e qualidade – que este permite coligir. Duvidamos que a informação que recolhemos de um despiste feito por um cão de despistagem seja mais intrusivo que a gravação oculta de uma conversa.

¹⁵⁶ O ASC, no caso *Kyllo vs USA*, de 2001, considerou que a utilização de leitores termais está dependente de uma autorização prévia judicial por permitir a apreensão de detalhes e informações inobserváveis através dos sentidos.

Mas aproveitando a classificação o GPS integraria então o grupo “*sense augmenting surveillance*” (Hutchins, 2007, p. 432) por exponenciar as capacidades visuais de seguimento dinâmico de um suspeito. Como é que os Tribunais americanos avaliaram a sua utilização à luz da 4.^a Emenda Constitucional. Vamos trazer dois casos recentes *Moreno vs USA*, de 11 de Fevereiro de 2010 e *Jones vs USA*, de 8 de Novembro de 2011.

No primeiro caso o Tribunal decidiu por não declarar ilegítima a utilização de um dispositivo GPS colocado num carro quando este se encontrava parqueado à frente da habitação de um suspeito de tráfico de estupefacientes e que possibilitou a sua posterior interceptação depois de ter sido sinalizado a sair de um possível local onde guardaria o referido produto. O raciocínio do Tribunal foi no sentido de considerar, à luz da teleologia da «*property law*», que nenhuma violação física teria ocorrido já que a viatura se encontrava num espaço que “*is only a semiprivate*”, citando jurisprudência anterior do caso *Magana vs USA*, e que portanto não poderia o recorrente alegar expectativas de privacidade num espaço que podia ser acedido por uma variedade imensa de pessoas que por ali pudessem passar – carteiro, padeiro, etc.. Mais, reforçando o seu argumentário, apoia-se numa decisão anterior daquele Tribunal, no caso *Knotts vs USA*, que abordou a utilização de um beeper para rastrear as deslocações automóveis de um suspeito, referindo que “*[a] person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another*”.

Em sentido contrário, mas tendo por base a mesma base de argumento, seguiu o Tribunal no segundo caso mencionado, decidindo pela ilegalidade do meio à luz da 4.^a Emenda Constitucional por ter ocorrido uma introdução ilegítima na propriedade do suspeito aquando da colocação do dispositivo. Esta foi a opinião da maioria dos juízes que no fim prevaleceu, enfatizando-se o “*property right [as] the central source of individual interests protected by the Fourth Amendment*”, sem prejuízo da nova linha de visão instituída pelo caso *Katz*. A decisão não deixou de ser severamente criticada pelos votos de vencido dos juízes *Sotomayor* e *Alito* que focaram as limitações de uma abordagem assente na linha tradicional da *property law* que branqueia a real danosidade do meio para a vida privada de quem é alvo da intrusão, destacando a possibilidade de se obter “*a precise, comprehensive record of a person’s movements that reflects a*

wealth of detail about her familial, political, professional, religious and sexual associations, without ever committing a physical trespass” (Farahany, 2012, p. 1239)¹⁵⁷.

Em ambas as situações o Tribunal optou por não abordar o problema de frente e dar-lhe um tratamento jurídico conformador aos novos horizontes axiológicos da 4.^a Emenda Constitucional, optando por esbarrar na tabelada disciplina da *property law*. Fiéis seguidores deste Supremo Tribunal são todos os restantes – estaduais e federais - que até 2007 optaram outrossim por virar as costas a este nó górdio, admitindo ainda assim que o uso do GPS levanta questões de privacidade que vão para além da vigilância tradicional (Hutchins, 2007, p. 445). Apenas ressalvar um caso decido pelo *Washington Supreme Court*, em 11 de Setembro de 2003, no caso *State vs Jackson*, em que aquele Tribunal admite a necessidade de a medida ter que ser autorizada judicialmente por via do volume de informação que permite obter e que comprimem necessariamente as expectativas privadas do suspeito.

O ordenamento americano afigura-se-nos ainda pouco lúcido a tratar este tipo de matérias por ainda não se ter conseguido descolar da velha tradição da *property law*, coibindo-o de olhar mais translucidamente para os problemas e riscos das novas tecnologias no plano dos direitos – *maxime* privacidade e propriedade intelectual.

O que verificamos é um claro anacronismo e dissonância nas variadíssimas decisões nesta e noutras matérias, mas fiquemo-nos pelo caso do GPS. Temos então Tribunais que se mantêm torpes e fiéis a uma leitura literalista, estanque e desactualizada da 4.^a Emenda, mantendo o *ratio* de protecção daquela à propriedade, estando as expectativas de privacidade intimamente ligadas a ela. Veja-se o exemplo paradigmático do caso *California vs Ciruolo*, de 10 de Dezembro de 1985, em que foi usado um avião para captar imagens de uma plantação de marijuana que estaria muralhada por uma vedação, não sendo observável do exterior. Ora, e já lá vão 30 anos, à luz do *property law*, que aliás foi defendida por um dos votos de vencido, as expectativas de privacidade do visado foram defraudadas porquanto a existência de uma

¹⁵⁷ O autor Soares (2015, p. 21) partilha de um entendimento diferente sufragando a ideia de que o Tribunal não postergou as linhas axiológicas embeçadas no caso *Katzs*, antes aplicou como primeiro filtro a doutrina do *trespassing* que foi por si só suficiente para obnubilar a necessidade de outro tipo de análise., chegando-se desta forma à conclusão que esta deveria ser considerada uma busca injustificada à luz da 4.^a Emenda Constitucional por uma suposta violação da propriedade do visado, consumada aquando da instalação do aparelho.

vedação obstaria a que olhares alheios pudessem ver o que ele detinha no interior do seu domínio privado. A maioria decidiu no entanto que essas expectativas não foram violadas já que se alguém se colocasse numa cota mais alta teria conseguido ver o mesmo que as autoridades viram. Não obstante o desfecho, que consideramos favorável ao nosso alinhamento, temos para nós que a discussão jurídica deverá partir de outra origem. Não é tanto a forma como a informação é captada que deverá relevar, pouca diferença faria se no caso concreto se a informação era passível de ser recolhida de outra forma - avião, balão de ar, helicóptero, etc – antes, se face ao tipo de crime envolvido era razoável aceitar uma ingerência e, em caso afirmativo, se essa ingerência seria aceitável sem a existência de um quadro de necessidade qualificado que exigiria a intervenção de uma autoridade judicial no sentido de a legitimar e bem assim acautelar possíveis abusos.

Com efeito, a nossa avaliação do caso concerto é que, estando a casa guarnecida por uma vedação, todo a propriedade exterior à habitação teria um aumento de dignidade não comparável com o espaço exterior das casas que estão em linha de vista do espaço público, decorrendo daqui, ainda que sem uma equivalência ao domínio privado dentro de portas, uma maior exigência de protecção legal. Destrate, e sem prejuízo do mérito da decisão, achamos que a captação das imagens deveria ter sido precedida de uma autorização judicial nos termos da 4.^a Emenda face ao risco de intromissão em domínios da esfera da privacidade que, hipoteticamente, podem roçar o limiar da intimidade¹⁵⁸.

O que se deve ter presente é o potencial de intrusão do instrumento face ao tipo e volume de informação que pode recolher, ainda mais quando se propagam formas tecnológicas várias que permitem obter informação de forma remota, contornando facilmente a barreira da violação física. A violação continua a ocorrer mas ela focaliza-se cada vez mais numa violação da nossa propriedade imaterial, daquilo que dizemos ou fazemos, a nossa privacidade.

A dúvida persiste quanto à suficiência teleológica da 4.^a Emenda para abarcar esta nova modalidade de intromissões remotas, tão ou mais compressoras da nossa

¹⁵⁸ Imagine-se por exemplo uma casa vedada onde, pelo mesmo meio, para além de imagens de uma estufa, são também captadas imagens de um dos moradores a fazer topless ou um casal a ter relações sexuais.

privacy que as tradicionais. Veja-se o exemplo do uso de dispositivos de geolocalização como o GPS, cujo grau de insidiosidade está directamente dependente do tempo de utilização. Se utilizado durante uma janela temporal curta até conseguimos admitir que esta não caia dentro do âmbito da 4.^a Emenda, não devendo ser considerada uma busca. Então e se for utilizada indiscriminadamente durante um longo período de tempo permitindo a construção de um puzzle da vida do visado? Qual é o limite quando a base legal não nos oferece linhas de orientação e está dependente de uma jurisprudência que não chega a consensos interpretativos? Na ausência de uma fundação jurídica que delimite o uso de meios ocultos de investigação como o GPS, tenderemos, à cautela e de forma preventiva, a admitir que a sua utilização, excepcionando-se situações de *periculum in mora*, exigindo-se na mesma a *reasonable cause* ou as suspeitas fundadas como critério legitimador, a necessidade do seu uso ser equiparado a uma busca e, com efeito, carecer de autorização judicial.

6. O GPS como meio de obtenção de prova atípico

6.1. O art. 189.º n.º 2 e a sua aplicação extensiva ao GPS: possível ou sistemicamente descabida?

Começemos por situar a localização celular, aparente germano da localização GPS, no actual quadro jurídico. Teremos que nos socorrer de legislação extravagante para, inicialmente, apreendermos como a lei define conceitualmente localização celular. A Lei 41/2004, de 18 de Agosto (que transpõe a Directiva n.º 2002/58/CE do PE e CUE, relativo à protecção da privacidade no sector das telecomunicações), no seu número 2.º al. e) positiva a seguinte definição: “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Já vimos que esta definição deixa um pouco a desejar em termos de rigor pois a informação que é transmitida não reflecte a posição geográfica do MS, antes da BTS que capta a comunicação. Aceitável seria que a definição mencionasse que a localização do equipamento electrónico seria sempre

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Seguidamente, vem a Lei 32/2008 (que transpõe a Directiva n.º 2006/24/CE, do PE e CUE, relativo à conservação de dados no contexto das telecomunicações), de 17 de Julho, dizer que a conservação de dados gerados *latu sensu* no processo telecomunicacional, no qual se inclui a localização celular, “para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes”, sendo, depois, necessário articular-se com o regime geral das escutas telefónicas – 187.º e ss do CPP.

É bem conhecida a fragmentação tripartida das telecomunicações em dados de base, dados de tráfego e dados de conteúdo¹⁶⁰. Para melhor compreensão, citando o Ac. 486/2009 do STJ, “nos serviços de telecomunicações podem distinguir-se, fundamentalmente, três espécies ou tipologias de dados ou elementos: os dados relativos à conexão à rede, ditos dados de base; os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência), dados de tráfego; e os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem, dados de conteúdo”.

Neste sentido, seria de intuir que a localização celular tivesse integrada no universo de dados de tráfego que, à semelhança dos dados de conteúdo, gozam de uma protecção constitucional – art. 34.º n.º 1 e 4 – por serem elementos constitutivos do processo comunicacional, portanto invioláveis. Pese embora a Lei 38/2008 faça uma clara distinção no seu art. 1.º e 2.º entre dados de localização celular e dados de tráfego, tem sido posição, quase unânime, da doutrina e da jurisprudência, agregar os dados de localização celular aos últimos, conferindo-lhes a mesma protecção e, consequentemente, a mesma exigência requisitória. Mas esta distinção, pelo menos do ponto de vista técnico, não nos parece assim tão descabida. A existência de cobertura de rede e posterior disponibilização de canal para que se processe a comunicação é uma pré-condição para que aquela ocorra, é um factor de viabilidade que se encerra na rede e não na comunicação *tout court*.

aproximada e traduziria a área de cobertura da antena de telecomunicações, na parte (sendo sectorizada) ou no todo (sendo omni-direccional).

¹⁶⁰ Vide Parecer n.º 21/2000, de 23 de Julho de 2002, do Conselho Consultivo da PGR.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Já os dados de tráfego, propriamente ditos, apenas são gerados – emissor/receptor, momento, tipo e duração da comunicação - se a comunicação vier efectivamente a ser estabelecida (mesmo em comunicações falhadas).

Não é ao acaso que, quando estamos a proceder a «escutas telefónicas», tenhamos acesso necessário aos dados de tráfego enquanto que, no caso da localização celular, esta tem que ser solicitada¹⁶¹ aquando do pedido dirigido pelo OPC ao MP e daquele ao JIC para que possa haver recurso simultâneo de ambos. Ela não deriva da comunicação, ela é, com efeito, uma das bases da comunicação sendo que o seu acesso não constitui necessariamente um perigo para a confidencialidade e sigilo da comunicação, sem prejuízo de poder afrontar outras áreas de tutela¹⁶².

¹⁶¹ É nossa opinião que este tipo de pedido deva igualmente ser apreciado numa óptica de subsidiariedade e proporcionalidade, não sendo admissível que o deferimento das escutas telefónicas provoque um arrastamento consequente ao nível da utilizabilidade dos demais meios – nomeadamente a localização celular e a captação de conversas ambiente (vulgo *voz off*). Numa lógica inversa, se for indispensável para a investigação proceder apenas, ou numa primeira linha, à localização celular, não deve o OPC e MP partir logo para as escutas telefónicas, nem o JIC as deve deferir por manifesta desproporcionalidade e desrespeito subsidiário. Mas, infelizmente, este é o caminho que normalmente é traçado, que segue uma lógica invertida, ao ponto de termos conhecimento de investigações em que foi solicitada a localização celular (apenas), sendo que a operadora desconhecia como é que isso se fazia sem que fosse dado o acesso ao sistema de intercepções (sistema PARAGON em utilização na PJ) pois não tinham uma plataforma criada para a cedência exclusiva desse tipo de informações. Por questões de urgência na resposta a solução foi a utilização do referido sistema com bloqueio de acesso às chamadas de voz, não conseguindo porém, por incapacidade técnica, obviar o acesso aos conteúdos remetidos por SMS. Esta incapacidade é confirmada inclusivamente pelo Engenheiro Leitão (in Pratas, 2009, p. 114) que refere que seria “necessário que as próprias operadoras nos dessem acesso à base de dados de facturação onde está a localização celular e isso não acontece”. Temos então que a localização é possível de obter sem que haja uma comunicação, ou seja, que não é sua dependente e que, contrariamente ao que já acontece em realidades comparadas, ela é possível de ser utilizada isoladamente.

¹⁶² Este alinhamento é seguido pelo autor Verdelho (2006, p. 116) que assevera que “ao contrário do que acontece com as intercepções telefónicas (...) a localização celular não viola nem põe em causa o sigilo das telecomunicações. Este tipo de informação apenas permite saber a localização física [aproximada] de uma pessoa (ou melhor, de um aparelho telefónico), não permitindo aperceber ou revelar qualquer comunicação efectuada nem o seu conteúdo”. Advogando o mesmo resultado, ainda que indo por uma direcção diferente, vai Lopes (2005, p. 144) sugerindo um regime aligeirado para “as

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

O legislador foi, no entanto, claro quanto ao agrupamento de dados de tráfego ou dados externos das comunicações¹⁶³ (electrónicas e telefónicas) e dados de conteúdo sob a bandeira do sigilo/segredo das telecomunicações. Mas este não é o único direito

«escutas» de mera localização (...) [por estar em causa uma invasão] da privacidade – e não intimidade – (...) devendo por isso ser menos rígidas na sua fundamentação”.

¹⁶³ Nós integrariamos todos os dados derivados ou derivantes da comunicação, inerentes portanto à comunicação, podendo assim aí incluir a localização celular, não esquecendo porém que existem dados que podem ser gerados a partir do sistema de telecomunicações sem que para isso tenha que se vincular a uma comunicação propriamente dita. Veja-se por exemplo o sistema de varrimento das BTS que lhes permite saber todos os MS que estão a funcionar na sua área de cobertura através da emissão de ondas rádio. Não havendo uma comunicação associada esses dados, chamados eventos de rede ou «lixo electrónico», não são guardados (permanecem numa memória transitória durante pouco mais de um dia) nos termos da Lei 38/2010, mas isso não significa que não tenham dignidade e que possam ser tratados como *vogelfrei*, tanto mais que no caso em concreto, fornecem o mesmo tipo de informação que a localização celular. Conhecendo o IMEI ou o IMSI do telemóvel que procuramos localizar é possível rastreá-lo dentro do sistema de telecomunicações e perceber a zona onde o seu utilizador anda. Mesmo que arredado do espectro de protecção do sigilo das telecomunicações a informação recolhida traduz uma ingerência na esfera privada do titular do telemóvel pelo que carece de regulamentação. À semelhança deste existe também a técnica de *IMSI-catcher*, já positivada em alguns ordenamentos jurídicos como o alemão – § 100i CPPa – que permite através de um leitor próprio obter os dados de identificação dos aparelho telefónicos (IMEI) e do(s) cartões telefónicos e ele associados (IMSI) numa determinada área de cobertura. Isto é importante por exemplo para obter dados de um determinado indivíduo visado numa investigação sem que seja preciso interagir com ele, bastando recolher dados de pelo menos duas antenas por onde o mesmo tenha passado para se conseguir extrair, mediante correlação, os dados que lhe dizem respeito, sendo os demais destruídos nos termos do n.º 2. A disposição permite ainda proceder à localização do referido aparelho do espectro de telecomunicações sem que para isso seja necessário aguardar comunicações do utilizador, aquilo que começamos por abordar na presente anotação. Carece no entanto de autorização judicial nos termos do § 100b n.º 1, podendo em caso de urgência ser autorizada pelo MP. Sobre isto fala-nos Andrade (2009, p. 162) afastando estes dados do sigilo das telecomunicações por não constituir perigo para a privacidade das comunicações. Já o autor espanhol Mulas (2005, p. 339) fala-nos sobre uma decisão do STJe, numa decisão de 08-02-1999, que apreciou a utilização deste tipo de aparelhos não positivados e no CPPe, decidindo pela necessidade de autorização judicial tendo por base o seu alargamento a “*las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier outro señal de comunicación a través de ondas*”.

fundamental que aqui é colocado em causa, também o direito à autodeterminação informativa, direito à reserva da vida privada, personalidade e palavra o são.

Isto não significa, porém, que todas as formas de ingerência nas telecomunicações compartilhem os mesmos níveis de ofensa ou intensidade lesiva para com aqueles direitos fundamentais ao ponto de exigir, assim parece, de forma pouco coerente, as mesmas exigências e limitações para as escutas telefónicas, localização celular e demais dados de tráfego, sem esquecer, mais uma vez, que neste emaranhado se incluem as conversações ambiente que pouco têm que ver com o espectro das telecomunicações¹⁶⁴.

Vejamos, as escutas telefónicas são, inquestionavelmente, um dos meios de obtenção de prova mais lesivos para os direitos fundamentais, o único a contender com o direito à palavra e, decerto, aquele que mais ingere na esfera de privacidade do visado pela intrusão, podendo, inclusiva e pontualmente, roçar redutos de intimidade e colocar em causa direitos e segredos constitucional e processualmente protegidos – *inter alia*, segredo religioso, jurídico, profissional, direito ao silêncio, direito à não auto incriminação.

Fará sentido alastrar as exigências de indispensabilidade e excepcionalidade conferida aos dados de conteúdo aos dados de tráfego e de localização por estes, presumivelmente, “permitirem efectuar autênticos perfis psicológicos ou «*profilings*» dos utilizadores” (Rodrigues, 2008, p. 98)?

Não foi ao acaso que o legislador previu, em legislação extravagante, a possibilidade de se guardarem dados de localização e dados de tráfego para - entre outros propósitos - fins de investigação criminal, e não abriu essa porta aos dados de conteúdo. O autor Rodrigues (2008, p. 192), pese embora admita uma “menor intensidade da lesão do segredo ou confidencialidade das comunicações electrónicas”, defende que a exigência se deve manter e que “mesmo ao nível da vertente menos agressiva” (Rodrigues, 2008, p. 193), sendo uma restrição, esta não deve fugir ao controlo jurisdicional.

¹⁶⁴ O Ac. do STJ de 29-04-2010 firma bem essa distinção ao dizer que “o grau de intromissão na privacidade da pessoa alvo destas medidas é muito diverso, como bem diferente é o contributo que as medidas aqui contrapostas podem dar, como prova indiciária”, referindo-se à utilização da localização celular e dados de tráfego.

Ora, mesmo que assim fosse, ideia que não acompanhamos integralmente, isso não tem, necessariamente, que traduzir a mesma exigência face ao desnível manifesto que existe em termos de grandeza intrusiva¹⁶⁵. Pese embora o legislador constitucional, fixe a inviolabilidade nas telecomunicações, ele também deixa alguma margem ao legislador penal para que este crie previsões intrusivas norteadas pelo seu potencial de ingerência, fornecendo-lhe as devidas garantias e impondo-lhe os necessários limites. Os marcos normativos têm que ser bem colocados para que se possa, ao mesmo tempo, evitar abusos desmedidos nas esferas fundamentais e conferir fluidez e resposta ao processo penal, evitando, esclarecidamente, que o que quisemos deixar do lado de fora da porta, não entre pela janela.

Começando pela localização celular, aquela que mais nos interessa, por ser aquela que se aproximará mais, em termos teleológicos, da localização por GPS, restringe de forma mitigada a liberdade ambulatoria (*jus ambulandi*) do utilizador, dando-nos, intermitentemente¹⁶⁶, zonas aproximadas de movimentação que, se complementadas com uma vigilância dinâmica e ostensiva, podem facilitar a criação de padrões de vida, rotinas e coisas da vida privada que não são, legitimamente, acessíveis e que podem constituir-se como verdadeiros atentados à vida privada. Isoladamente, face à precariedade da informação que ela nos permite obter, é de alvitrar que, no domínio da prova, ela não assuma um carácter particularmente valioso, podendo até designar-se por prova indiciária frágil, servindo muita das vezes para infirmar declarações «alibitórias» ou servir, materialmente, como mero instrumento de apoio técnico à observação policial¹⁶⁷.

¹⁶⁵ O autor Lopes (2005, p. 143) partilha a mesma opinião e sugere que se deva “não só interpretar-se o que é desigual de uma forma também desigual, como sobretudo ser ponderada a necessidade de, em termos de obtenção de prova, admitir-se um regime legal processual menos rígido no que respeita a um tipo de interceptação telefónica essencial à investigação criminal, mas que não põe em causa a violação da comunicação fechada que está em causa no regime das escutas telefónicas”.

¹⁶⁶ Dependendo se este efectua ou não comunicações (chamadas, sms, acesso à internet).

¹⁶⁷ Esta afirmação resulta do nosso conhecimento empírico. O sucesso de utilização desta ferramenta na demonstração do *thema probandi* é quase nula, sobretudo e especialmente se for a única prova no inquérito por nunca colocar o visado no local do factos e apenas, com sorte, caso efectue uma comunicação prévia ou posterior, numa zona relativamente aproximada do local dos factos. Em zonas rurais onde a cobertura da antena é imensa, ou em zonas urbanas onde a sobreposição das antenas e o

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

De referir, ainda, uma utilização que pode ser assumida nos termos do conceito de localização celular como ínvia e que não respeita os limites processualmente consagrados no n.º 4 do art 187.º, e que é uma prática cada vez mais habitual nos meandros da investigação, e, progressivamente, mais aceite nos meandros da juridicidade. Referimo-nos a pedidos de informação de todos os MS que utilizaram, num hiato temporal delimitado, a cobertura de rede da antena que cobre igualmente a zona onde um crime foi cometido, para posterior comparação e correlação com dados semelhantes recolhidos em locais onde foram cometidos crimes, objectivamente, correlacionáveis, tendo em vista, a obtenção de dados relativos aos autores. A ínfima probabilidade de, naqueles períodos e locais, para além dos autores, estarem outras pessoas que não integram o universo do n.º 4 do art. 187.º, tem sido o argumento utilizado para deferir este tipo de pedidos, ainda que no início tenha havido alguma obstrução por parte dos juízes, talvez por não alcançarem bem a real intrusividade da ferramenta¹⁶⁸.

tráfego são uma constante, esta prova sai ainda mais enfraquecida. Inúmeros são os casos na jurisprudência em que a prova por localização celular caiu facilmente ficando muito aquém da dúvida razoável para que a convicção do julgador não pudesse redundar numa fatal e expectável absolvição em frontal respeito ao princípio da presunção de inocência constitucionalmente consagrado. Veja-se e.g. Ac. do STJ de 27-06-2012, 15-02-2012, 17-02-2011, 05-11-2008 e 27-09-2006 – citando uma das conclusões “apenas a localização celular, mostra-se insuficiente para fundar a convicção do Tribunal, porque apenas coloca os arguidos na zona da prática dos factos, daí que não possa ser suficiente para dar como provado certo factos” -; Ac. do TRL 27-06-2012 e 23-06-2004; Ac. do TRP de 12-06-2013 (resulta numa condenação em que a localização celular credibilizou as declarações confessórias do arguido) e 13-02-2008. Em rigor, e por força da aplicação extensiva e literal das disposições legais do art. 187.º e 188.º a localização celular apenas poderia ser utilizada como meio de obtenção de prova e não (também) como meio de localização de suspeitos como acontece no direito germânico - § 100h, § 100i e § 100j do CPPa – ou no direito francês – art. 230-32 e ss. do CPPf -, mas existe, ainda assim, essa ideia enraizada na jurisprudência, e.g. Ac. do TRP de 27-02-2013 que refere que a localização celular “Pode revelar-se uma boa técnica para localizar suspeitos ou até arguidos”. Pensamos que também neste aspecto se exigiria um recenseamento positivado desta clara necessidade de se utilizar a localização celular na localização de suspeitos, aliás, só assim se poderá perceber a inclusão do crime de evasão no catálogo do n.º 1 do art. 187.º, decerto não será base motivadora de escutas telefónicas, a não ser disfarçadas e esvaziadas de conteúdo legitimador.

¹⁶⁸ Ac. do TRP de 22-05-2013, TRL de 10-05-2011 e TRC de 16-02-2005.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

A leitura daqueles dados, que representam nos termos da definição em vigor, localizações celulares várias, todas correspondentes às coordenadas da BTS, não traduz mais do que o tráfego comunicacional suportado por aquela, num dado período temporal, dando apenas a indicação dos utilizadores que fizeram uso da rede¹⁶⁹.

É-nos difícil entender, mas à luz do conceito, os dados recolhidos assumem natureza de dados autênticos de comunicação – localização celular – que, visando pessoas que extravasam o universo delimitado - suspeito, vítima ou intermediário -, deveriam ser considerados nulos por constituírem ingerência abusiva nas telecomunicações.

A fundamentação tem sido assente num duplo argumento: a delimitação subjectiva de pessoas que assumirão a configuração de suspeito¹⁷⁰; e a ingerência mínima¹⁷¹ que é materializada no acesso aos demais dados recolhidos que, por não relevarem, não irão ser objecto de posterior tratamento investigatório.

Qual seria então a diferença se tivéssemos positivada a figura do *IMSI-catcher*, ou, então, que os dados recolhidos fossem dados de localização impuros, entenda-se captados sem registo comunicacional¹⁷², apenas entre máquinas, sendo estes últimos até mais precisos por não estarem dependentes da vontade do utilizador.

¹⁶⁹ No CPPa este meio de obtenção está devida e distintamente positivado no § 100g visando “determinar a identidade de suspeitos ou obter indícios adicionais para o esclarecimento dos factos” (Rogall, 2010, p. 130).

¹⁷⁰ Imagine-se um roubo à mão armada praticado a um taxista praticado na Amadora tendo os autores apanhado o referido na zona da baixa de Lisboa. A leitura que for feita nas antenas do local de partida e chegada muito dificilmente chegarão à co-verificação de IMSI’s que não os dos suspeitos.

¹⁷¹ Dizemos ingerência mínima já que nem se chega a tentar obter a informação sobre a titularidade daqueles números, sem esquecer que existe um mercado livre nas telecomunicações e ninguém é obrigado a registar a titularidade do cartão. Pode-se de certa forma dizer que os dados são tratados de forma impessoal, não havendo ingerências de monta no sigilo das comunicações e na liberdade de autodeterminação informativa.

¹⁷² Com efeito é o próprio legislador, por importação plena do regime comunitário, que limita os dados referentes à localização impondo-lhe uma pré-condição, a existência de uma comunicação. Daqui se depreende, de forma muito lógica, e é corroborada implicitamente pela autora Agostinho (2010, p. 11) quando esta refere que “o legislador ao configurar o regime da localização celular como uma norma de extensão do regime das escutas telefónicas, limitou a obtenção dos dados de localização aos casos em que existe uma comunicação”. Posto isto, é de concluir que a localização celular de um aparelho móvel

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Em termos práticos, nenhuma, do ponto de vista jurídico, a exigir um reacerto da regulamentação vigente.

Mas isto não sucede apenas com a localização celular, também nos dados de tráfego se verifica uma recidiva na utilização que desrespeita, de certa forma, as limitações subjectivas impostas pelo n.º 4 do art. 187.º.

Veja-se o seguinte exemplo prático: na sequência de um roubo de telemóvel o MP solicita ao JIC que officie às operadoras telefónicas para que forneçam os dados de tráfego comunicacional do referido aparelho, tendo em vista a identificação do autor do referido crime. Ora, está bem de ver, que a delimitação exigida pelo inciso não é cumprida, já que o preceito exige que o pedido detenha uma certa concretização, não sendo admissível pedidos “contra incertos” (Albuquerque, 2009, p. 510).

No caso em concreto, o pedido, visa um pretendo possuidor que será, à partida, o autor dos factos em investigação. O que se verifica, na prática, é que, face à volatilidade do bem, e ao rápido branqueamento que lhe é dado no mercado negro, passando facilmente de mão em mão, as pessoas identificadas através dos referidos dados, são pessoas que não mantêm qualquer ligação aos autores, pelo que, nem a figura de intermediários podem assumir.

Não esquecendo, também, os chamados “achados inevitáveis” (Rodrigues, 2008, p. 224) em que subjacente ao pedido está um crime aparente que é utilizado como válvula de escape à demonstração de uma infracção criminal que não legitima a intervenção no quadro das comunicações, aquilo a que o autor Rodrigues (2008, p. 225) designa por “crime não investigado previsível”¹⁷³.

O modelo está, claramente, em crise, ou porque existem ingerências encapotadas na telecomunicações, ou porque o desenho típico da norma não é o mais ajustado face

não é dependente de uma comunicação entre pessoas, antes sim do emparelhamento entre máquinas e que, por isso, não deve estar partilhar arrumos com o regime das intercepções nas comunicações, podendo até, clarificando-se o regime, proceder-se a um melhor aproveitamento da ferramenta investigatória.

¹⁷³ O exemplo mais habitual surge nas simulações de crimes que têm como propósito burlar os seguros – art. 366.º e 219.º do CP, respectivamente – e que tem assumido contornos virais. Esta desconfiança é normalmente criada pelo desacerto e incongruência da versão apresentada prestada pelo pretendo lesado aquando da sua tomada de declarações. Nenhum destes crimes, excluídos que estão do catálogo de crimes do n.º 1 do art. 187.º, legitimaria a ingerência nas telecomunicações.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

aos interesses em evidência, quando ponderados com uma das formas menos intromissivas do espectro das comunicações telefónicas.

À semelhança dos dados de tráfego electrónico¹⁷⁴, que fornecem uma informação muito parca, os dados de tráfego telefónico, contrariamente ao que é postulado por muitos doutrinadores, fornece informação muito insipiente da vida privada do utilizador, para que, a partir dela se possam construir verdadeiros perfis comportamentais¹⁷⁵.

Mais ingerente na privacidade é, por exemplo, o acesso aos dados bancários que nos permitem, expressa e induzidamente, obter informações sobre as nossas rotinas diárias, locais de paragem, gostos variados – roupa, comida e possíveis excentricidades -, despesas correntes – créditos habitação, viatura ou pessoal, contas da luz, água, gás, pacotes televisivos, telemóvel -, informações pessoais – jardim-de-infância, ginásio, etc. – e que, juridicamente, estão sujeitos a uma menor protecção¹⁷⁶ que os dados externos

¹⁷⁴ Citando Verdelho (2006, p. 118) “o registo de tráfego que fica (...) [do processo deambulatório digital] é o da mera ligação do computador desse indivíduo a um fornecedor de serviço de acesso à internet (...) [pelo] que aquilo que o operador de telecomunicações ou o fornecedor de serviço (...) poderão oferecer a quem investiga é a identificação de um terminal que, num determinado dia, a uma determinada hora [e durante determinado período] acedeu à internet por via de um determinado IP”. Em igual sentido vai Albuquerque (2009, p. 530). É de convir, face a este cenário, que o regime legal seja exageradamente limitador no acesso aos dados.

¹⁷⁵ O autor Verdelho (2006, p. 118 e 119) discorda desta ideia dizendo que “faz sentido que seja objecto de sigilo a informação que permite saber quem falou com quem e as circunstâncias temporais em que decorreram essas conversas, bem como o tempo que tomaram e a frequência que aconteceram (...) [permitindo] revelar hábitos repetidos, padrões de comportamento, atitudes e outras informações que permitem inferir informação pessoal da vida privada”. Discordamos desta ideia, com uma extensão especulativa pouco firmada julgamos, mas, sem prejuízo de nem sempre ser possível obter a identidade dos receptores, as inferências que são possíveis estabelecer serão sempre pouco consolidadas e muito subjectivas – e.g. um pai que liga muitas vezes para os filhos deve-se presumir fraternal e preocupado ou antes um pai controlador e distante? uma pessoa que fala muito durante a noite deve-se presumir noctívaga e boémia ou apenas uma pessoa que dorme pouco e se costuma deitar a horas tardias? Conseguimos admitir que se possam apreender hábitos repetidos agora daí poder inferir padrões de comportamento ou mesmo atitudes, não cremos.

¹⁷⁶ O autor Mendes (2010, p. 204), citando um aresto do TC (278/95), refere que “na sociedade moderna uma conta-corrente pode constituir a biografia pessoal em números do contribuinte”, detendo um potencial intrínseco de devassa e compressão da vida privada – art. 26.º n.º 1 da CRP. A autora Palma

às comunicações. Enquanto para este último quadro a cláusula é de indispensabilidade e está sujeita a um controlo jurisdicional apertado, o sigilo bancário pode ser derogado por intervenção de autoridade judiciária, onde se inclui o MP – art. 79.º n.º 2 al. d) do RGICSF – desde que “assegurada a ponderação e enquadramento de interesses públicos considerados dominantes” (Ac. do TC 42/2007) nos termos do art. 18.º n.º 2 da CRP.

O direito ao sigilo/segredo bancário, ainda que não expressamente consagrado, encerra a sua essência no art. 26.º n.º 1 da CRP, sendo, por conseguinte, merecedor de garantias restritivas que possibilitem a sua violação apenas quando necessário e proporcional à salvaguarda de interesses públicos de natureza prevalecente. É, por conseguinte, razoável intuir uma protecção excessiva no caso dos dados de tráfego e, sobretudo, nos dados de localização celular por constituírem, face ao que foi assinalado, uma ingerência menor no sigilo das telecomunicações, sendo que no caso da última não nos parece que esta tutela lhe seja legítima.

Posto isto, à semelhança do que acontece na derrogação do segredo bancário, será de repensar a transferência de tutela para o MP ou, pelo menos, um reajustamento da extensão, começando logo pelo título que soa a algo «apendicital»¹⁷⁷, aligeirando o acesso ao mesmos e impondo-lhe uma disciplina menos rígida que a que regula as escutas telefónicas *tout court* que se compreende face ao potencial lesivo polimórfico que normalmente extravasa os valores fundamentais atingíveis (dimensão objectiva) e o número de pessoas afectadas (dimensão subjectiva).

(2010, p. 195) fala-nos de uma ideia generalizada de que o sigilo bancário assume a tutela prioritária da “vida privada patrimonial” mas, parece-nos, que essa ideia é algo redutora pois o «descobertar» dessa informação possibilita o acesso a dimensões truncadas da vida privada que estão directa e intimamente conexas com aquela, portanto o sigilo bancário visa proteger todas as divisórias da vida privada que estão conectadas com a privacidade patrimonial. Não é por acaso que o autor Campos (cit. in Mendes, 2010, p. 203) diz que “conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro”. Visão idêntica é retratada no Ac. 442/2007 do TC, tendo este entendido “que o sigilo bancário é, ainda instrumento de garantia de reserva de dados relativos à vida pessoal), já que através do destino dos pagamentos ou transferências se consegue aceder a informação de natureza não patrimonial”.

¹⁷⁷ Andrade (2009, p. 185) critica ferozmente esta solução classificando-a como uma “casa dos horrores (...) que confunde o inconfundível, cria desequilíbrios inexplicáveis e submete ao mesmo regime [constelações] completamente heterogéneas [(e.g. vigilância acústica ou conversas ambiente)] e centrífugas, que só poderiam reclamar tratamentos diferenciados”.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Não acompanhamos, todavia, o alinhamento libertino firmado pelos Ac. do STJ de 14-07-2010 e do TRE de 07-04-2015, no sentido de sujeitar os dados de conteúdo e dados de tráfego ao regime das apreensões, abrindo a possibilidade de aqueles dados serem acedidos livremente pelos OPC à guisa de uma protecção no sigilo das telecomunicações, que cessa com a interrupção da dinâmica comunicacional, como se tratasse de uma carta aberta. Este argumento afigura-se-nos demasiado reducionista, nem tanto pelo fraco argumento gizado no Ac. 20-09-2006 do STJ, referindo-se em concreto às comunicações electrónicas, de que “as mensagens tenham sido lidas ou não pelo destinatário, o que nem sempre se torna de destriça fácil, sobretudo se e quando algum do *software* de gestão de correio electrónico possibilita marcar como aberta ou não aberta uma mensagem, por vontade do seu destinatário”.

Independentemente de ter sido ou não lida, o visado tem sempre o direito a não ver a correspondência que lhe foi endereçada devassada por alguém, sem sua autorização, constituindo a sua leitura uma intromissão absolutamente ilegítima nela, atentado ao direito à inviolabilidade da mesma, consagrado no art.º 34.º n.º 4 , da Constituição”, mas sobretudo pelo potencial de devassa que, hodiernamente, colima um telemóvel ou um computador, constituindo-se como um verdadeiro repositório de comunicações humanas e não humanas (dados transmitidos por infravermelhos, *bluetooth* ou ondas rádio, gravações de voz).

Ora, o acesso facilitado e não previamente sindicado por uma autoridade judiciária, sendo de intuir o JIC pela possibilidade de os conteúdos acolherem informação da esfera íntima da pessoa, não nos parece uma via tempestiva à luz do princípio da proporcionalidade, independentemente de, como os dois arestos referem, a protecção do sigilo nas telecomunicações inexistir ou ser mais lassa. Por outro lado, já não nos cria espanto que, por questões de necessidade e urgência, os OPC possam aceder a dados das lista telefónica por estes constituírem uma ofensa menor ao reduto da privacidade e estarem, claramente, fora da malha de protecção do sigilo nas telecomunicações¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Neste sentido vai o aresto do TCe n.º 115/2013, de 09/05 ao decidir pelo acesso justificado da polícia espanhola na sequência de várias detenções por tráfico de estupefacientes, havendo a necessidade de se conseguir chegar ao paradeiro dos donos de um armazém que estaria relacionado com a actividade, sendo portanto possíveis colaboradores. Ora, aquele Tribunal decidiu que o acesso à lista telefónica não violava o disposto no art. 18.º n.º 3 da Ce relativo ao sigilo nas telecomunicações e que a ingerência na

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Mas bem, recentrando agora a discussão do GPS e possibilidade deste, como o Ac. do TRP 21-03-2013 sugere, subjugar-se à disciplina das telecomunicações pela sua aparente consanguinidade com a localização celular.

Esse é, aliás, o seu único grande argumento para colocar dentro da mesma cerca jurídica aquilo que pertence a uma *fatisspecie* relativamente distinta.

Ademais, baseando-se numa decisão recente do STEU, no Ac. Jones vs. USA, remata dizendo, apenas, que a utilização daquele instrumento permite traçar um “perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa”, pelo que, “não faria sentido que apenas fosse sujeita a autorização judicial a localização celular através dos dados telefónicos e já não o fosse o acesso a dados de localização através do mecanismo GPS, uma vez que se tratam de dados sensíveis, que dizem respeito à vida íntima e encontram-se no âmbito do direito fundamental à autodeterminação informativa”.

Se dúvidas tínhamos, quanto à colocação da localização celular sob o manto de protecção das telecomunicações, face aos argumentos anteriormente esgrimidos, quanto ao GPS, dúvidas não temos, que o mesmo terá que ser pensado numa dimensão diferente, mesmo partilhando o mesmo tronco teleológico. E a questão central situar-se-á no campo da privacidade e nas «*reasonable expectations of privacy*» ou «*right to be let alone*»¹⁷⁹ acolhendo a doutrina anglo-saxónica consagrada na 4.^a Emenda Constitucional.

Existe uma outra corrente que alega a desnecessidade de positivação por considerar o GPS como o “irmão gémeo electrónico do clássico seguimento do alvo de pessoas a bordo de um carro” (Ac. do TRE de 07-10-2008), um dispositivo electrónico

esfera privada consagrada no art. 18.º n.º 1 da mesma, era justificada pelo superior interesse da investigação criminal, como passamos a parafrasear: “*si bien los agentes de policía accedieron a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil del recurrente sin autorización judicial (ni tampoco consentimiento del afectado), ya hemos adelantado que tal exigencia se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad*”. Em sentido contrário vai o autor Albuquerque (2009, p. 528) que defende que também este acesso se encontra protegido pelo art. 189.º n.º 2, pelo que deve considerar-se ilegal e a prova adveniente nula.

¹⁷⁹ Ac. Katz vs USA, de 18-12-1967.

de controlo/seguimento à distância. Mas será assim tão líquido este decalque? É o que iremos ver já de seguida.

6.2. O GPS como modelo evolutivo da vigilância policial tradicional

O acórdão supra referido rejeita qualquer tipo de intromissão abusiva na vida privada decorrente da utilização de um aparelho de localização GPS, colocado numa viatura, com o propósito de seguir os movimentos de um suspeito, denominando-o como “o «irmão gémeo electrónico» do clássico seguimento do alvo por pessoas a bordo de um carro” e que, assim sendo, à semelhança da vigilância policial, que é destituída de positividade e, com efeito, de uma aparente desnecessidade de regulamentação jurídica, constituindo assim uma forma legítima e legal de seguimento à distância.

Ademais, define-a como uma forma, ainda menos ingerente de seguimento, por não permitir uma observação presencial *in loco*, não permitindo apreender quem são os ocupantes da viatura, onde se incluirá (presumivelmente) o suspeito, e o que estes estarão a fazer e os circunstancialismos da sua acção. E continua dizendo que, juridicamente, não existem óbices que possam ser colocados a uma observação policial 24/24h, pelo que, *ad maius ad minus*, também não será de colocar congestionamentos legais à aceitação deste meio de investigação. Este é pois um argumento de autoridade, que inverte completamente o realismo da acção, e que não podemos acompanhar, por duas grandes ordens de razão: o GPS graças à sua capacidade de precisão, irá permitir aos investigadores menos descontinuidades no processo de observação e com isso uma vigilância mais prolongada do suspeito, correndo menos riscos de ser detectado estando por conseguinte menos vulnerável às manobras de contra vigilância, sintomáticas em grupos que prosseguem actividades criminais substantivamente organizadas onde as cautelas e cuidados são redobrados.

É, portanto, muito falível o argumento que considera que uma vigilância tradicional pode ser realizada ininterruptamente, o que nos leva à segunda ordem de razão. Mesmo que fosse teoricamente possível, uma vigilância ininterrupta desta natureza, lida à luz do princípio da proporcionalidade, constituiria uma compressão inquestionavelmente abusiva na esfera da vida privada do visado e portanto condenada

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

às proibições de prova – art. 32.º n.º 8 da CRP e art. 126.º n.º 3 do CPP -, a isto se chama *ultra vigilância*¹⁸⁰ ou *ultra observação* nos termos do § 163f 1 n.º 1 do CPPa (*longer term observation*) que, nos termos do n.º 3, carece de autorização e controlo judicial.

Ora, e não se venha dizer, defendendo uma linha exígua, que a utilização de aparelhos de localização GPS em viaturas terá resultados proficientes se desacompanhado de uma observação presencial dos investigadores, mesmo que parcial e intermitente, pois só assim se poderá demonstrar, directa ou inferencialmente, que determinada pessoa esteve num determinado local, quem sabe no local dos factos¹⁸¹.

Contrariamente a um telemóvel, que é um aparelho cuja titularidade e fruição é quase sempre individual, no caso de uma viatura, essa premissa cai por terra, sendo mais fácil e passionalmente cedida a outrem.

Partindo daqui, torna-se ainda mais difícil de compreender como é que o Tribunal defende uma visão menos restritiva para o GPS do que para a localização celular, admitindo que, esta última, apenas dá a localização da antena que está a dar cobertura de rede ao aparelho telefónico. É verdade que a utilização de um aparelho GPS numa viatura não nos dará uma localização permanente da pessoa que se pretende seguir mas, por comparação, a localização celular não só não nos dá uma localização

¹⁸⁰ Relembre-se neste quadro de vigilância a inadmissibilidade de cobertura panóptica dos sistemas CCTV em domínios públicos onde as expectativas de privacidade estão mais mitigadas. A cedência da sua privacidade em detrimento de interesses de prevenção criminal na zona de cobertura do CCTV não pode ser total, não sendo proporcional nem legítima a vigilância permanente sobre determinada pessoa. Mesmo no domínio público as pessoas têm direito a que lhes seja reservado um espaço de privacidade que muitas vezes ultrapassa a própria esfera social de privacidade. Como diz Campos (cit. in Fernandes, 2004, p. 12) “o direito à privacidade não se resume ao direito à intimidade da vida privada, confundido com a intimidade do espaço familiar, de casa da morada da família. A pessoa não é só privada, íntima, reservada, quando passa a porta da sua morada, quando corre as cortinas. Na rua, nos edifícios, nos jardins, a pessoa continua envolta numa esfera privada”.

¹⁸¹ Imagine-se uma viatura «marcada» policialmente por se dedicar a furtos em habitação. Colocá-la no local dos factos sem se saber, a montante, ou logo após, quem eram os ocupantes, de nada servirá no plano da imputabilidade. Portanto, o seguimento via GPS terá sempre uma eficácia relativa que dependerá, decisivamente, de uma observação complementar densificadora. Não quer dizer com isto que, desacompanhada, não nos possa dar pistas indiciárias que, aliadas a outras entretanto recolhidas, possam levar-nos à demonstração do *iter criminis* e seus autores.

com a precisão do GPS como, igualmente, ela será intermitente conquanto o portador utilize mais ou menos vezes a rede celular. Em termos de intrusividade na privacidade do visado, nem o GPS (em viaturas), e muito menos a localização celular, de forma isolada, manifestam um “elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito” (Albuquerque, 2009, p. 528), pois não são susceptíveis de permitir a obtenção de informações/dados circunstancialmente conformadores, apenas que «ele este próximo de algures» ou «o carro esteve estacionado junto a ao centro comercial», enfim, informações vagas que apenas poderão adquirir uma expressividade intrusiva se levadas a cabo continuamente¹⁸².

O potencial lesivo deve atender assim, e concordando com a sugestão alvitrada por Soares (2015), à teoria do mosaico de forma a alcançar a real intromissão desta ferramenta oculta, polimórfica e compressiva da privacidade do visado. Ainda que esta afronte outros domínios constitucionalmente protegidos, a discussão deverá centrar-se na privacidade pois este é o reduto sobre o qual se produz a maior ingerência, sendo esta a única via que permitirá a criação de limites proporcionais arrimados que respeitem os tectos constitucionais. Estas foram preocupações patentes na agenda do legislador alemão e francês que, conscientes do potencial lesivo desta ferramenta, tomaram o impulso legiferante como única saída possível a acautelar eventuais perigos de uma utilização discricionária. Este deverá ser o fio condutor do legislador português que deverá declinar enquistamentos sem equivalência material demonstrada e promover a uma integração que se compagine com o grau de insidiosidade real do instrumento, devendo pois ser considerado um verdadeiro mecanismo de controlo à distância contrariamente à visão dos Tribunais nacionais que balizaram levemente a utilização do GPS no mundo do trabalho, classificando-o como uma intromissão muito moderada no reduto dos direitos dos trabalhadores. Se neste quadrante ainda podemos admitir

¹⁸² Neste sentido vai também a CNPD que na deliberação 7680/2014 relativamente ao recurso à geolocalização no contexto laboral refere que estes “facultam a obtenção de um vasto manancial de dados relativos ao utilizador, os quais permitem, consoante a extensão de dados a tratar, elaborar perfis comportamentais ao rastrear as movimentações realizadas e, nessa medida, identificar hábitos de vida pelos percursos efetuados, pelos locais frequentados, pelos tempos de permanência. (...) Além de o rastreamento ser feito “ao minuto” e poder ser realizado de forma intensiva e prolongada no tempo, dando lugar a registos sistemáticos da localização de pessoas, estes equipamentos permitem ademais extrair informação adicional que lhe pode estar associada”.

alguma complacência face a um quadro de direitos mitigados, no quadro da prossecução penal as cautelas deverão ser amplificadas por estarmos num quadro onde a materialização dos direitos é plena.

6.3. Via atípica ou positiva de superação? Qual o caminho...

Mesmo que *ab initio* não concordássemos, já vimos que o caminho da analogia, da colagem à localização celular do art. 189.º n.º 2 do CPP, não nos daria uma resposta consentânea e adequada face às dimensões e especificidades da localização feita por GPS. Aliás, nem teria sentido fazê-lo, quando nós próprios defendemos uma má inserção sistemática da localização celular no quadro das ingerências possíveis nas telecomunicações, quando esta, definitivamente, não interfere no processo comunicacional.

Alegoricamente falando, é como ter uma folha e uma vontade imensa em escrever e não ter uma caneta ou um lápis para o fazer. Mas mesmo que continuem a persistir dúvidas sobre esta última, quanto à geolocalização por GPS, não é de todo, possível integrá-la nesse círculo, não sendo seu enteado e muito menos seu filho.

A via da atipicidade e da integração livre deste meio de produção também nos coloca, como já firmámos anteriormente, imensas reservas, desde logo:

- i. Pela falta de sintonia e convergência de entendimento na jurisprudência, havendo linhas completamente dissonantes no que tange ao seu real potencial intrusivo. No âmbito criminal temos Tribunais a defender, sem grande consistência, ora uma equivalência funcional à localização celular, ora à vigilância policial tradicional. Depois, no panorama do direito de trabalho, onde existe uma relativa permissividade quanto a pequenas restrições nos direitos do trabalhador, verificamos que a vigilância através do GPS é completamente descartada por não constituir uma afronta à privacidade daquele; e
- ii. Pela necessidade de densificação das dimensões objectiva e subjectiva de aplicação da medida: que crimes, que pessoas, que autoridades é que são competentes para as autorizar, a possibilidade precária de agir em situações

de *periculum in mora*, a imposição de limites temporais de aplicação e revisão da necessidade.

Mesmo não sendo um meio tão ingerente como alguns regimes preexistentes, designadamente, o das escutas telefónicas¹⁸³, ou mesmo o das buscas domiciliárias, pode, no limite, se não balizado juridicamente, constituir a médio prazo um meio ostensivamente intrusivo.

Não configura, à primeira vista, um meio de produção de prova abusivo na esfera da vida privada das pessoas visadas, não caindo no regime das proibições de prova, mas, se utilizado prolongada e indiscriminadamente, decerto permitirá empilhar montes de informação privada e, com isso, traçar verdadeiros perfis de comportamento, rotinas, atitudes, gostos, alguns dos quais muito íntimos e, quiçá, excêntricos, e esse é um resultado que tem que ser evitado, e só o poderá ser, caso haja uma sopesamento prévio do legislador no quadro das ponderações no sentido de impor os adequados limites e necessárias garantias.

Diferenciação deverá ser feita desde logo entre a utilização de um mecanismo de vigilância GPS numa viatura e no próprio visado, sendo possível fazê-lo através da rede de telecomunicações que acede remotamente ao receptor GPS instalado no telemóvel do visado, absorvendo a informação que precisa.

Sem prejuízo do nosso desconhecimento técnico sobre esta matéria, é possível, depois da infiltração digital, instalar uma aplicação oculta (aquilo a que costumamos chamar de *trojan* ou vírus digital) que nos permite vigiar a todo o tempo o canal de comunicação electrónico entre receptor GPS e rede de satélites, algo semelhante às

¹⁸³ Neste sentido temos que discordar com a opinião de Albuquerque (2009, p. 670) quando este equipara, em termos de intrusividade, a localização celular às escutas telefónicas, escudando-se nesse argumento para afastar a possibilidade de se recorrer à primeira em situações de pura necessidade por nos situarmos no quadro da prevenção criminal. A localização celular, ao contrário das escutas telefónicas, não posterga o direito à palavra ou à voz, não é potencialmente ofensiva do núcleo de intimidade das pessoas como as escutas flagrantemente o são, não colide com reservas de sigilo ou segredo que reivindicam uma protecção especial, não exaure garantias e direitos constitucionais e infra constitucionais como o direito ao silêncio ou o *nemo tenetur ipsum accusare*, e não é susceptível de, epidemicamente, se alastrar a dimensões subjectivas que não sejam as visadas pela intrusão. Este elenco afasta qualquer possibilidade de nivelação e serve, neste âmbito, para a geolocalização por GPS.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

escutas. Pese embora a comunicação não seja intersubjectiva, entre pessoas entenda-se, a informação flui por decisão do titular do aparelho, sendo ela vital ao estabelecimento da comunicação.

Esta realidade obriga-nos a repensar os horizontes das comunicações, nomeadamente, aquelas que envolvem apenas máquinas, não olhando para eles como espaços vazios de direito ou não merecedores de tutela porque também eles, na sua essência, circunscrevem fluxos de informação pessoal, por vezes autorizados por quem tem a disponibilidade do aparelho, como é o caso do GPS. Sem o receptor estar activado não existe emparelhamento possível com os satélites e, com efeito, não existe maneira de obter as suas coordenadas posicionais. Está bem de ver que uma monitorização desta índole é muito mais agressiva e compressorá que a localização celular ou a localização via GPS em viaturas.

Desta forma, conseguimos controlar, quase ininterruptamente, todos os passos da pessoa face, à cada vez maior, dependência humana ao telemóvel. Face ao grau de intrusividade, já nos parece razoável que esta modalidade de geolocalização seja alvo de uma regulamentação e controlo mais apertados, este último encabeçado na figura do JIC ou, excepcionalmente, por questões de urgência na intervenção, no MP¹⁸⁴, ficando a decisão sujeita a uma sindicância posterior por parte do primeiro, produzindo efeitos retroactivos em caso de não validação.

As demais formas de geolocalização – celular e por GPS -, pela sua natureza menos agressiva para os direitos fundamentais poderiam, numa primeira linha, ser de iniciativa própria do MP e, precariamente, em situações de *periculum in mora*, pelo OPC¹⁸⁵, sujeitando-se necessariamente a um escrutínio posterior do MP. Extravasada

¹⁸⁴ Veja-se por exemplo o exemplo italiano que permite ao MP, em caso de urgência – art. 267.º e 268.º do CPPit -, ordenar intercepções nas comunicações (escutas), sendo essa decisão sujeita a convalidação por parte do JIC, num prazo máximo de 24H.

¹⁸⁵ Imagine-se que durante uma investigação de tráfico de estupefacientes, numa sexta-feira noite dentro, é recolhida informação que o suspeito irá recolher uma viatura alugada para se deslocar a um indeterminado ponto do país a fim de buscar uma grande quantidade de estupefaciente, havendo pois a necessidade de colocar um dispositivo GPS para se proceder ao controlo do individuo á distância, sobretudo pelas grandes dificuldades de se fazer uma seguimento dinâmico discreto e sem ser detectado. Deve no entanto esta autorização recair sobre uma APC a quem caberá redigir relatório sucinto onde explicará as razões e necessidades da colocação dando-a a conhecer, oficialmente, num

uma barreira temporal limite a competência da prorrogação da medida deverá ficar a cargo do JIC, a quem caberá ajuizar ponderadamente a existência de fundamento legitimador.

Seguindo este alinhamento, parece-nos razoável que o impulso inicial deixe de ser do MP, quando existem outras formas ocultas de investigação já em curso – escutas telefónicas e acções encobertas -, sendo de introduzir uma cláusula de salvaguarda e garantia, devendo a decisão recair sobre o JIC no sentido de, holísticamente, poder decidir sobre a pertinência, necessidade e, sobretudo, da proporcionalidade da medida em conjunto com as demais, evitando-se estados puros de ultra vigilância¹⁸⁶.

Admite-se também a possibilidade, numa fase pré-inquérito¹⁸⁷ ou fase cautelar¹⁸⁸, que os OPC possam, excepcionalmente, para além dos casos já previstos no

prazo máximo de 48h, ao MP, sem prejuízo de, no mais curto espaço de tempo, o fazer pelo meio mais expedito. Temos este exemplo do direito italiano, veja-se uma decisão recente da Corte di Cassazione de 28 de Maio de 2008 em que esta refere que “a actividade de localização de suspeitos feita através do aparelho telefónico não são associáveis à actividade de intercepções de conversações ou comunicações, as quais são disciplinadas pelos art. 266.º e ss. do CPPit. A técnica de «*positioning*», sendo necessária no processo de recolha de prova, pode ser solicitada pela Polícia Judiciária em casos de urgência segundo as disposições do art. 55.º e 348.º do CPPit e, como tal, não está subordinada a uma autorização preventiva por parte da autoridade judiciária” (trad. nossa).

¹⁸⁶ Conhecemos casos reais em que na mesma investigação, ao mesmo tempo, havia recurso a escutas telefónicas, a localização celular, a escutas ambientais na vertente de voz *off*, agente infiltrado e ainda captação de imagem. Não querendo aqui colocar em causa o mérito do deferimento, que recaiu todo sobre o JIC, temos sérias dúvidas que o quadro fosse inteiramente proporcional.

¹⁸⁷ Enquanto que o quadro actualmente disposto no art. 252-A esteja direccionado para um espectro pré-crime, a ideia que defendemos situa-se numa fase posterior ao crime onde ainda não existe um inquérito formal, não deixando todavia de ser, nos dizeres de Silva (1996, p. 63) “uma realidade extraprocessual conexas com a processual”, portanto umbilicalmente ligadas. Ademais, a intervenção por nós advogada está delimitada por crimes que pela gravidade das lesões aos bens jurídicos detém natureza de crimes públicos, sendo a abertura de inquérito uma fatalidade.

¹⁸⁸ Neste quadro Valente (2005, p. 264) defende que as medidas cautelares e de polícia estão originalmente atribuídas aos OPC e APC atente ao seu fundamento e finalidade, “não se afigurando adequado que as AJ possam praticar medidas cautelares e de polícia, sob pena de se neutralizar a sua ratio e teleologia”. Concordamos inteiramente com esta visão segregando visões diversas que se escudem no argumento de autoridade *ad maius ad minus*, não querendo com isto dizer que,

CPP – *ex vi* art. 252-A - socorrer-se da localização celular e da localização por GPS para responder imediatamente a um segmento da criminalidade especialmente violenta e grave, procurando recolher rapidamente provas do crime e identificar e/ou deter os seus autores. Conscientes que estamos, da inércia e cepticismo que está, normalmente, presente nas vozes daqueles que criticam estas válvulas de escape, sintomáticas, segundo eles, de um processo penal cada vez mais policializado (Bravo, 2010) e menos garantista, concedendo margens de oportunidade perigosas aos OPC no quadro da perseguição penal¹⁸⁹, a sugestão tem por base, de um lado, uma ingerência menor no quadro dos direitos fundamentais, e, do outro lado, um manifesto e prevalecente interesse em dar-se uma resposta rápida e eficaz a uma pequena mas prioritária franja de criminalidade, havendo, quiçá, a necessidade de alargar o conceito de criminalidade especialmente violenta previsto no art. 1.º al. l) do CPP, que remete para a al. j), integrando aí crimes praticados com recurso a armas.

Colocando isto num plano prático, imagine-se a possibilidade de localizar imediatamente um telemóvel roubado¹⁹⁰ na sequência de um roubo violento (recurso a arma de fogo) a uma habitação, sabendo que a taxa de sucesso, dias depois, é

residualmente, as AJ não possam ter que desenvolver este tipo de actos, mas nunca o farão sem a colaboração de quem está materialmente mais ambientado com eles.

¹⁸⁹ Mesquita (2005, p. 62) é um claro adepto do monopólio judiciário na perseguição penal impondo uma limitação à “autonomia policial nos actos de iniciativa própria (...) dado o imperativo constitucional que consiste na consagração de um monopólio judiciário da primeira palavra na perseguição penal e na proibição de um procedimento administrativo prévio ao processo penal”. Em igual sentido vai Moura (2008, p. 145) defendendo uma cobertura “jurisdicionalizada” do inquérito.

¹⁹⁰ Aqui pode-se sempre colocar a possibilidade de, até haver válvula jurídica para o efeito, ser o próprio lesado a consentir a suposta ingerência nas telecomunicações pois não nos parece que o autor do crime goze de uma transferência de tutela protectiva – art. 126.º n.º 3 do CPP -, que não se verificará decerto enquanto o telemóvel estiver a funcionar com o IMSI do lesado, mesmo que as comunicações sejam feitas por aquele. Receamos todavia alguma resistência por parte das operadoras na cedência destes dados sendo preferível uma positivação clara nesse sentido. Em termos de eficácia ela é inquestionável quando inúmeros são os casos em que se consegue chegar aos autores dos crimes quando o lesado disponibiliza essa informação através duma aplicação digital anti roubo instalada no seu telemóvel que reencaminha a todo o tempo informação sobre a sua localização para um sistema *icloud* acessível através da internet, sendo que essa transmissão não é susceptível de ser interrompida por ter uma chave de segurança, sendo-o apenas se o telemóvel for desligado e a bateria for retirada.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

aproximadamente nula face à fugaz intencionalidade apropriativa e cumulativa facilidade de branqueamento em mercados ilícitos e mesmo lícitos. Ou então, outro exemplo, a abertura para se poder colocar um dispositivo GPS numa viatura suspeita de ter sido utilizada num sequestro agravado que está algures num bairro de difícil acesso e maior dificuldade de posicionamento estático para uma possível vigilância.

Voltando ao quadro do inquérito, a utilização de mecanismo GPS, deve estar limitada a um universo de crimes substancialmente graves afastando-os da criminalidade bagatelar, sendo o critério penológico previsto no regime das escutas telefónicas um bom ponto de partida, exceptuando-se pequenas ressalvas de crimes específicos como o de evasão¹⁹¹ onde o recurso à geolocalização decerto será uma importante arma¹⁹². Mesmo não detendo o potencial de agressividade para os direitos fundamentais como tem, por exemplo, as escutas telefónicas ou ambientais, portanto com um grau de exigência requisitório menor, não nos faria grande sentido estar a abrir portas à utilização de um meio oculto como este em franjas de criminalidade menor ou de massa. O critério dos 3 anos, salvaguardando-se a questão específica do crime de evasão, servirá perfeitamente o alcance finalístico-teleológico esperado.

No que toca à dimensão subjectiva de aplicação, para além de suspeito, vítima e intermediário, existirá uma modalidade inominada que aqui deve ser acautelada,

¹⁹¹ O que se pretende para o caso concerto é dar consistência material ao alcance teleológico que o legislador pretendeu aquando da inserção sistemática do crime de evasão no catálogo de crimes passíveis de ser investigados com recurso à intercepções na comunicações e que terá que ver, tão e somente, com o facto da localização celular estar sistemicamente (mal) arrumada neste quadro. Mais, e tendo como base o uso das intercepções nas comunicações para efeitos de recolha de prova, a evasão em si um crime cujo prova se confina ao acto de evadir não se projectando necessidade de recolha de prova suplementar pelo que a única diligência que resta realizar é a descoberta do paradeiro do evadido, e neste âmbito a localização celular pode ser inquestionavelmente um instrumento de sucesso.

¹⁹² Atenha-se por exemplo ao crime de contrabando, não esquecido pelo legislador no catálogo de crimes do art. 187.º n.º 1 do CPP, que tem a particularidade de ter um horizonte indiscernível, sendo o seu preenchimento como crime – nos termos do art. 92.º n.º 1 da Lei 15/2001 - dependente do valor da prestação tributária ou, não sendo esta exigível, o valor total da mercadoria, redundando, caso um destes elementos não se verifiquem, num ilícito contra-ordenacional. Também aqui, provando-se a sua priorização em termos de combate investigatório no domínio fiscal, ainda para mais quando muito do contrabando é feito via terrestre, parece-nos de ressaltar a sua excepcionalidade num catálogo semi-aberto onde o GPS possa ser utilizado como técnica investigatória.

designadamente a possibilidade de utilização destes mecanismos numa viatura que é já suspeita sem que haja suspeitos associados. Este tipo de cenários são bastante frequentes, sendo costumeiro obterem-se indícios técnicos desta natureza previamente à imputação de uma qualquer suspeita a uma determinada pessoa. Isto acontece muito em crimes de cenário – burlas e furtos¹⁹³, roubos, incêndios, extorsões, ofensas à integridade física qualificadas, homicídios, etc. – em que temos, para além de uma descrição dos autores que, amiúde, se verifica vaga e não nos fornece pistas para continuar, temos a indicação total ou parcial da matrícula do veículo de apoio utilizado, sendo este um elemento técnico sólido que nos poderá levar à descoberta dos autores desconhecidos. Deverá portanto a ser acutelada a possibilidade da viatura, sendo detectada, mesmo antes da autuação formal do inquérito¹⁹⁴, numa fase portanto endoprocessual como classificámos lá atrás, de ser marcada com um dispositivo GPS para que encurte a moratória no processo de monitorização que se exige, não só visando a identificação dos autores como a prevenção de novos crimes. O critério de urgência adensa-se ainda mais quanto estamos perante, e.g., células criminais ou grupos organizados que apresentam uma metodologia de trabalho muito bem definida, utilizando carros furtados ou alugados rapidamente descartáveis de forma a obviar a sua localização.

Cuidados devem ainda haver no que toca à colocação do aparelho pelo que qualquer intrusão na esfera patrimonial, não domiciliária – carro, garagem, armazém – ou domiciliária, devem ser antecedidas de uma autorização prévia do MP ou JIC, respectivamente.

Não esquecer, porém, que tudo o que acabamos de referir é válido para dispositivos GPS que tenham como exclusiva funcionalidade o rastreamento ou *positioning* geográfico, sendo que aparelhos GPS equipados com múltiplas funcionalidades, e.g. captação de voz, terão que estar sujeitos a uma regime diferente,

¹⁹³ À luz do critério penológico fixado só seria admissível a utilização do GPS nestes crimes na sua modalidade qualificada – e.g. furtos em residência ou estabelecimento, burlas a vítimas especialmente vulneráveis, furtos em supermercados como modo de vida, etc. -, deixando de fora situações isoladas e pouco prioritárias em termos de investigação, que exigirão um tratamento investigatório mais aligeirado.

¹⁹⁴ Estamos a falar de crimes cuja natureza é inquestionavelmente pública, sendo redondamente fatal a sua autuação como inquérito.

nomeadamente o das vigilâncias acústicas ou ambientais, por ser flagrantemente mais insidioso.

Prosseguindo então a positivação do uso do GPS enquanto meio de obtenção de prova, sugerimos que se vá mais longe e, à semelhança do regime francês e alemão, se alargue a admissibilidade de utilização de técnicas de localização espacial como o GPS para fins de localização de suspeitos, prevendo-se que seja uma ferramenta de dupla acção ou duplo alcance teleológico, não achando que seja necessário reajustar o epíteto sistemático do Título III «Dos meios de obtenção de prova», por considerarmos que a localização do suspeito é em si uma necessidade por ser ele o epicentro de toda a actividade investigatória.

6.4. Regular não é «policializar»: sistematização processual

Como já antes defendemos, e resume muitas das ideias que temos vindo a destacar repetidas vezes, integrar novas tecnologias ou ferramentas investigatórias como aquela que problematizamos nesta excursão, é não só dar latitude de acção ao legislador para escolher as que mais se adequam a determinada investigação, é também favorecer o primado constitucional da proporcionalidade pondo ao descoberto formas verdadeiramente ocultas de investigação utilizadas pelos OPC ao arripio da sindicância judiciária que se impõe e, outrossim, promover a escalada subsidiária dos meios de obtenção de prova degrau a degrau. Foi o que fez o legislador Alemão e Francês, e o que o Italiano e Espanhol não tardarão a fazer face às experiências e contributos que pudemos compilar.

Deveremos então consagrar um regime específico para o GPS? Achamos que não fará sentido circunscrever o impulso legiferante ao caso singular do GPS quando outras técnicas espreitam um objectivo comum, ainda que detenham raízes marginais que as distinguem e que obrigarão a um arrumo sistemático de filigrana de forma a edificarmos agrupamentos processuais equilibrados que escombrem a apodada casa de horrores de Andrade (2009).

Concebemos desta forma uma associação lógica entre a localização celular e o uso de GPS em veículos porque, nem uma nem a outra, permitem localizações ininterruptas do visado, aliás a primeira até dá apenas localizações aproximadas que se

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

projectam mais constantes pelo aumento dos fluxos comunicacionais (sms, chamadas, dados móveis), obviando aquilo que já denominados aqui como ultra vigilância ou panoptismo investigatório. E mantemos o mesmo alinhamento caso se passe a conferir a devida dignidade jurídica aos malogrados «eventos de rede» que, à luz do entendimento actual maioritário, definem numa espécie de vazio legal ou buraco negro jurídico. Ora, não deve ser esse o entendimento à luz da explicação técnica que demos e que prova a independência da localização celular (coordenadas da BTS) em relação ao processo comunicacional. Não sendo fácil, de forma analítica, mensurar o produto final da quantidade e qualidade da informação obtida através de cada via, a tendermos para uma linha de entendimento diferenciadora, será de colocar o uso de GPS em veículos como um meio ligeiramente mais insidioso face ao rigor e precisão da informação. Mas reafirmamos, nunca poderemos dizer, de forma conclusiva, que o GPS, nestes termos fornecerá mais e melhor informação que a localização celular, variando de caso para caso, agora, a serem feitos nivelamentos, cremos que este será o mais acertado.

Excepção deverá ser feita a uma eventual e preconizável evolução a curto prazo que permitirá obter a todo o tempo os dados do receptor GPS que está integrado no telemóvel, já que este permitirá saber, quase de forma plena, a posição espacial do portador. Esta teorização bebe consistência face à inquestionável dependência das pessoas aos telemóveis e, bem assim, à emancipação do GPS como apetrecho fundamental neste mundo das tecnologias. Esta modalidade de vigilância, roçando ela o limiar da ultra vigilância¹⁹⁵, deverá ser autorizada pelo JIC exceptuando-se situações de urgências que não se compadeçam com uma intervenção mediata. Admitimos que se possa elevar o critério penológico para crimes iguais ou superiores a 5 anos de forma a

¹⁹⁵ Não a consideramos absoluta pois será quase distópico estarmos a aventar uma delimitação conceitual que se nos afigura de difícil densificação. Não nos parece ser de preencher absolutamente o conceito com uma vigilância espacial, ainda que ininterrupta. Haverá outras dimensões da vida do visado que se manterão incólumes se nenhuma outra medida for utilizada como complementar (e.g. vigilâncias nas telecomunicações ou vigilância ambiental). Admitimos uma utilização excepcional de três ou mais ferramentas deste calibre intromissivo em quadros de natureza muito excepcional como o terrorismo nas suas mais diversas formas, seguindo o alinhamento da maioria dos ordenamentos jurídicos europeus e americano que criaram legislações com critérios mais lassos face aos níveis de violência empregues e aos perigos advenientes de uma reacção apoucada e extemporânea.

diferenciarmos limpidamente as duas dimensões de utilização como base no potencial intromissivo expectável.

Há no entanto que ponderar, nesta sede, se outro mecanismo de vigilância pessoal, mais histórico e tradicional, deverá ou não ser repensado do ponto de vista típico, estamo-nos a referir à observação policial. Aliás, importa lembrar que não seri inédito corporizar a vigilância policial no quadro dos meios de prova à semelhança do que outros ordenamentos jurídicos, como o alemão e o suíço, fazem. E esta aparente questiúncula ganha ainda mais acuidade com a já não tão remota possibilidade de se fazerem usos cumulativos desproporcionados de instrumentos investigatórios insidiosos onde a vigilância policial terá necessariamente que ser considerada como variável no processo de ponderação e utilização destes meios. Pese embora o quadro retratado continuamos a achar que a sua forma atípica manter-se-á aceitável já que qualquer enxerto típico seria facilmente torneado por autoridades policiais mais absortas que verteriam no inquérito, de forma criteriosa e discricionária, apenas as vigilâncias que na sua óptica trariam elementos de relevo para a investigação, obviando ao relato das demais consideradas estéreis. Assim sendo, e querendo acreditar que estes serão casos pontuais e pouco curiais num mundo de profissionais que se presumirá leal, honesto e fiel à magna carta da lei, deverá o legislador e as autoridades judiciárias manterem-se conformadoras a este cordão de confiança, ponderando da necessidade casuística de novos meios de obtenção de prova serem necessários e proporcionais face áquilo que o OPC lhes apresenta neste quadro¹⁹⁶.

E quanto à exigência legitimadora do seu uso, serão necessários critérios de indispensabilidade, à semelhança das vigilâncias nas comunicações, ou de «mera» necessidade à semelhança das buscas? Cremos que incorporar como requisito o critério de indispensabilidade à semelhança das escutas *tout court* ou das acções encobertas (que não têm mas deviam ter como já antes referimos) é ir longe de mais na exigência e errar, mais uma vez, na comparação meios com uma serendipidade enorme como os que enumeramos, com técnicas que manifestam modestas formas de intromissão na esfera

¹⁹⁶ Algo que já não será tão fácil de acautelar no caso do GPS que pode, a qualquer altura, ser detectado pelo visado e, com efeito, servir de prova material contra o OPC pelo crime de devassa da vida privada – art. 192.º do CP-, ou o crime de devassa por meio de informática – art. 193.º do CP – se se considerar enquadrável na norma incriminadora.

da vida privada da pessoa, tanto mais que muito dificilmente ferirão o seu núcleo central de intimidade e não postergarão os direitos de defesa do visado.

6.5. A utilização do GPS no quadro actual

Face à ausência de quadro habilitante, face à expectável assintonia de critérios que se manterá até ao legislador decidir legislar no sentido inculcado e atente à grande probabilidade deste tipo de técnica continuar pontualmente a ser usada, sobretudo por parte de autoridades judiciárias que partilhem de um entendimento mais leviano ou até simplista como o subscrito pelo TRE no acórdão que abordámos, é se sugerir algumas cautelas.

Assim, e estribando-nos na experiência, ainda que sem decalque vertível, pelo menos de forma directa, no nosso ordenamento, que já dura há anos e onde, ainda hoje, não se chegou a uma leitura minimamente sólida e consensual de como é que o uso do GPS se deve situar, observando múltiplas decisões que vão no sentido de o enquadrar na 4.^a Emenda sugerindo a sua aproximação requisitória à busca, outros que defendem que não é de enquadrar naquele âmbito, extravasando o elemento literal e teleológico possível de se extrair, e ainda outros, com uma visão mais actualista daquela, defendem que o ingerência provocada pelo uso do GPS afronta moderadamente os domínios de privacidade do visado, sendo razoáveis e justificadas quando em confrontação com a acção penal do Estado.

Ora, perante esta marcha algo arritmada, defendemos que, à cautela, enquanto não se consagrar norma expressa, que deva ser a decisão de usar este tipo de instrumento colocada à consideração do JIC que ponderará da sua utilidade e proporcionalidade face às suspeitas apresentadas, a tal *reasonable cause*, da utilização conforme os princípios constitucionais e legais vigentes. É verdade que o brocardo popular «cada cabeça sua sentença» não nos dá garantias absolutas de que a sua utilização não extravasará em determinados casos o limite do admissível, mas a encabeçar esta dura e difícil tarefa, ninguém melhor que a figura que se considera mais neutra e capaz que o guardião das liberdades.

Admitimos, em casos muito excepcionais, e de forma muito ponderada, a utilização do GPS em situações de *periculum in mora*, desde que autorizadas pelo MP.

Excepcionamos a eventual autorização que advogamos ser feita por APC, mais uma vez à cautela, defendendo a intervenção e sindicância prévia de uma autoridade judiciária, mesmo que não se considere, à luz da jurisprudência alemã, uma «grande devassa», o que não queremos é que se abra uma caixa de pandora que traduza o seu uso indiscriminado.

7. Sugestões de Direito a constituir

Depois de toda esta auscultação dogmática e jurisprudencial, nacional e internacional, vamos agora alvitrar algumas ideias e propostas que consideramos prementes para a arregimentação de um desenho típico equilibrado, tendo por base conteúdos válidos recolhidos nesse processo:

- I. Construção de um regime próprio e autonomizado para a geolocalização como meio de produção de prova e localização de suspeitos;
- II. Afastar a geolocalização feita através da rede celular do quadro das interceptões nas comunicações integrando-o neste novo quadro jurídico;
- III. Fixar uma cláusula aberta que possibilite o recurso a instrumentos funcionalmente habilitados a fornecer dados de geolocalização;
- IV. A geolocalização poderá incidir sobre a pessoa, viaturas ou outros objectos sem o consentimento do seu proprietário ou possuidor;
- V. Circunscrever o universo possível de visados a suspeitos, vítimas, intermediários ou outras pessoas sobre as quais existe uma grande probabilidade destas contactarem com o suspeito ou, através delas, se descortinar o paradeiro do suspeito;
- VI. Delimitar o quadro de utilização desta ferramenta oculta a um universo delimitado de crimes fixados por um critério penológico de crimes puníveis com pena de prisão superior a 3 anos de prisão, salvo raras e excepcionais opções como o crime de evasão ou outros que, pela sua especificidade, possam requerer a sua utilização;
- VII. Definição de uma cláusula de necessidade na utilização deste instrumento;

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

- VIII. Fixar a competência para a autorização no MP, salvo situações de *periculum in mora* em que pode a APC determinar o seu recurso, dando conhecimento da sua decisão pela via mais expedita;
- IX. A partir do 15º dia de vigilância, caberá ao JIC sindicarem a continuidade da medida, podendo-a prorrogar por 30 dias até a um limite de 6 meses, renováveis apenas em situações muito excepcionais – criminalidade objectiva e confirmadamente organizada (lembramos a necessidade de confirmação casuística da dita forma organizada que deverá ser assumida como elemento típico);
- X. À APC caberá elaborar relatório detalhado onde explicará as motivações que estiveram subjacentes à sua decisão, sujeitando-a ao escrutínio do MP ou JIC no prazo máximo de 48h;
- XI. Ao MP ou JIC caberá validar ou não o recurso no prazo máximo de 48h;
- XII. Em investigações em que estejam a ser desenvolvidas outras formas ocultas de produção de prova – acções encobertas, escutas telefónicas ou registo de voz e imagem, deverá a competência para autorizar ser transferida para o JIC mediante proposta do MP;
- XIII. Se a geolocalização permitir uma referenciação precisa e prolongada da pessoa a decisão deverá recair sobre o JIC;
- XIV. Os dados recolhidos através da geolocalização serão guardados e juntos ao inquérito não podendo ser destruídos por não serem susceptíveis de conter informações íntimas da pessoa e poderem ser úteis à defesa;
- XV. Introduções em domínios privados têm que ser autorizadas pelo MP ou JIC consoante seja domicílio ou não domicílio;
- XVI. A APC poderá autorizar, em casos de urgência, introduções nos termos do ponto anterior, exceptuando-se introduções no domicílio;
- XVII. A possibilidade de, no quadro das medidas cautelares e de prova – art. 252-A, e visando acautelar urgentemente a recolha de prova e a identificação dos autores, a APC poder socorrer-se da localização celular ou de dispositivos GPS para crimes integráveis na delimitação conceitual de «criminalidade especialmente violenta», alargando o seu espectro a crimes praticados com armas de fogo;
- XVIII. A comunicação deverá ser feita nos termos dos pontos X e XI.

O sistema de geolocalização GPS no processo penal português

Estas propostas tiveram como base matricial o regime francês, para nós, o mais equilibrado, detalhado e ponderado atentas as correntes sempre conflituantes, perseguição penal e direitos fundamentais. Foi com efeito nosso ensejo preencher uma flagrante lacuna normativa integrando, positivamente, uma ferramenta que poderá, dentro deste quadro de garantias, servir da melhor maneira o processo penal em Portugal, não o fazendo ao arrepio de vias ocultas indeterminadas que estão nidificadas na obscuridade e aí continuam.

8. Conclusão

Findo este excuro, urge fazer uma síntese do tema, realçando as principais ilações que se podem extrair e, bem assim, as limitações sentidas no seu desenvolvimento.

O tema revelou-se um desafio a abordar face à sua indiscutível actualidade e controvérsia.

A geolocalização, *maxime* o geoposicionamento por GPS, insere-se no universo vasto e megalómano das tecnologias hodiernas que, por um lado, fazem caminho no sentido do progresso mas que, por outro, revelam discontinuidades sobre realidades não tratadas mas com as quais o Direito tem que saber lidar, sobretudo pelo eclodir de novos recortes dimensionais e da transfiguração de outros.

O discurso da tentação ou sedução securitária assume hoje contornos cada vez mais populistas que apelam a lógicas de intervenção eficazes no quadro da prevenção de perigos e na perseguição penal dos «indigentes» e profissionais de tecnologia de ponta. Neste terreno movediço quem normalmente sai a perder são os direitos fundamentais, mormente a liberdade, que é leiloada a troco de uns vinténs ou de uma lufada tacanha de ar securitário. Erige-se, desta forma, um Estado fracturado por pulsões individualistas que, paulatinamente, vão desgastando os alicerces do Estado social.

Destarte, assistimos a uma tendencial inversão da teleologia penal, cada vez menos a batuta dos direitos fundamentais e cada vez mais a ponta da lança que se pretende mais implacável no combate ao crime, exigindo-se, em paralelo, uma codificação disciplinadora de comportamentos desvio ou próprios do «inimigo». Neste desiderato, emergem reivindicações próprias de redutos de antijurisdicção para fazer face às ameaças do novo mundo, numa espiral de insegurança catapultada, sobremaneira, pelo terrorismo e outras formas mais cristalizadas de criminalidade organizada.

Alastra-se a malha penal e reforça-se a produção legiferante no quadro das restrições de direitos. Sobre o legislador penal recai a dura e exigente tarefa de não ceder a toda esta miríade de impulsos reformistas e panaceias divinas e, lucidamente, importar apenas soluções adequadas a fazer face a estes novos desafios, sem olvidar a sua conformação jurídico-constitucional. Acomodar novas e variadas formas de investigar é dar latitude ao aplicador para escolher não só o meio idoneamente mais

habilitado mas também aquele que menos efeitos negativos produz na esfera do cidadão. É por conseguinte uma tarefa de filigrana a que cabe ao legislador no sentido de habilitar a ordem penal adjectiva com institutos jurídicos reificados e ao mesmo tempo garantisticamente blindados. No plano dos meios de obtenção de prova esta exigência é ainda maior para que se evite a criação de regimes pautados por assimetrias, descontinuidades ou lacunas que consintam, posteriormente, vias de superação atípicas ou analógicas. Essa deficiente concretização levaria à criação de margens de oportunidade conducentes a acções arbitrárias ou, pelo menos, pouco emberçadas pelo manto constitucional.

Nesse quadro de deficiente enquadramento legal surge a figura da geolocalização que no nosso ordenamento jurídico não tem confirmação positiva e que tem sido erraticamente escalpelizada pela jurisprudência, ora tentando enquistá-la ao regime das telecomunicações ora procurando atribuir-lhe uma equivalência funcional às vigilâncias policiais tradicionais. Este, julgamos nós, não é o caminho correcto a trilhar pois renuncia a um exercício de concordância prática entre o seu potencial intrusivo e as mais que legítimas garantias de privacidade e autodeterminação pessoal e informacional.

Percorrendo ordens jurídicas vizinhas foi-nos possível tomar consciência que o anacronismo é igualmente transversal em quase todas elas, com excepção meritória do regime francês e alemão, e que também elas carecem de integração positiva de um instrumento de investigação que veio para ficar.

Este parco e insipiente tratamento constituiu, inderrogavelmente, a nossa maior dificuldade na consolidação de uma imagética típica, calibrada e adaptada às exigências e requisitos jusconstitucionais fundadas no princípio da proporcionalidade e do respeito absoluto pela dignidade da pessoa humana.

Sugerimos, no fim, as linhas mestras sobre a constituição de uma norma habilitadora que regule exhaustivamente as circunstâncias e limites do recurso à geolocalização para que esta possa, finalmente, adquirir um esgar de previsibilidade e determinabilidade ao invés de continuar a navegar, reconhecidamente, num marasmo de indefinição jurídica.

Referências

1. Agra, C. (2008). Saber, valor e poder: Elementos para um sistema de acção de políticas criminais e de segurança (prefácio). In *Modelos de polícia e investigação criminal: A relação entre o Ministério Público e a Policia Judiciária – Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal* (pp.11-19). Porto: Norprint.
2. Agostinho, P. N. (2010). *Legitimidade da utilização de instrumentos de localização GPS em processo penal a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 7 de Outubro de 2008*. Coimbra: Mestrado em Ciências Jurídico Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
3. Albrecht, H. (2010). Criminalidade organizada na Europa: Perspectivas teórica e empírica. In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 73-113). Coimbra: Almedina.
4. Albuquerque, P. P. (2009). *Comentário do processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (3.ª Ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
5. Alves, R. (2008). Direitos, liberdades e garantias versus colaboração/obrigação do cidadão em participar ou submeter-se a actos processuais penais – o caso específico do arguido. In *Modelos de polícia e investigação criminal: A relação entre o Ministério Público e a Policia Judiciária – Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal* (pp.221-229). Porto: Norprint.
6. Andrade, M. C. (1991). *Consentimento e acordo em direito penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora.
7. L, M. C. (2005). Das escutas telefónicas. In M. M. G. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 215-225). Coimbra: Almedina.

8. Andrade, M. C. (2009). *Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora.
9. Andrade, M. C. (2009^a). Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral). In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 525-551). Coimbra: Coimbra Editora.
10. Antunes, M. J. (2009). Direito processual penal: Direito constitucional aplicado. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 745-754). Coimbra: Coimbra Editora.
11. Bastos, M. (2011). Da ilegalidade da utilização de meios de vigilância electrónica (para controlo do desempenho profissional do trabalhador). Disponível em: http://umparatodos.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4492&Itemid=53. Consultado a: 13.OUT.2014.
12. Beccaria, C. (1998). *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
13. Beck, U. (2001). *La société du risqué*. Paris: Alto Aubier.
14. Broering, A. W. (2010). *Localização de estações móveis praticada sob GSM e GPS*. São José: Instituto Federal de Santa Catarina.
15. Bovio, S. (2013). *Videoriprese e pedinamento satellitare*. Disponível em: http://www.carabinieri.it/docs/default-source/default-document-library/rass-4_2013-completa.pdf?sfvrsn=0. Consultado a: 25.SET.2014.

16. Canotilho, J. J. G. (1983). *Direito Constitucional* (3.^a ed.). Coimbra: Almedina.
17. Canotilho, J.J.G. & Moreira, V. M. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (3.^a Ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
18. Conceição, A. R. (2009). *Escutas telefónicas: Regime processual penal*. Lisboa: Quid Juris.
19. Cordeiro, A. R. (2009). *Localização geográfica através de aparelho celular*. Disponível em: <http://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/39.pdf>. Consultado a: 01.FEV.2015.
20. Cruz, R. M. F. S. (2015). *Sobre a admissibilidade da localização por GPS como meio de obtenção de prova atípico em processo penal*. Tese de Mestrado em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Forenses. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
21. Cunha, P. F. (2009). *Processo penal, rito e magia – Desafios de ontem e de hoje*. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 371-381). Coimbra: Coimbra Editora.
22. Cunha, R. (2009). *Que futuro para o processo penal na Europa?* In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 153-164). Coimbra: Coimbra Editora.
23. Cusson, M. (2002). *Criminologia*. Cruz Quebrada: Casa das Letras.
24. Dias, A. S. (2009). *Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado*. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por*

- ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 687-708). Coimbra: Coimbra Editora.
25. Dias, J. F. (2000). Algumas reflexões sobre a sociedade do risco. In *Congresso Internacional de Direito Penal: Problemas fundamentais de Direito Penal*, em homenagem do doutoramento Honoris causa do Professor Claus Roxin. Texto não publicado.
26. Dias, J. F. (2001). *Temas básicos da doutrina penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
27. Dias, M. C. S. M. S. (2006). *Crimes sexuais com adolescentes: Particularidades dos art. 174.º e 175.º do código penal português*. Coimbra: Almedina.
28. Ditton, J. & Farral, S. (2000). *Fear of crime*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited & Ashgate Publishing.
29. Eser, A. (1998). *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima* (Trad. De Manuel Cancio Maeliá). Universidade Externato de Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
30. Esteves, A. I. P. (1991). *A criminalidade na cidade de Lisboa: Uma geografia da insegurança*. Lisboa: Edições Colibri.
31. Farahany, N. A. (2012) Searching secrets. In *University of Pennsylvania Law Review* 5 (vol. 160, pp. 1239-1308).
32. Faria, N. S. (2010). Acesso aos registos das escutas telefónicas: Os poderes de destruição do juiz de instrução. In T. P. Beleza & F. L. C. Pinto (Coord.) *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (pp. 201-257). Coimbra: Almedina.

33. Fernandes, R. Maria (2004). A inviolabilidade do domicílio. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DOMICILIO.pdf. Consultado a: 14.MAR.2015.
34. Fonseca, J. C. (2004). Reforma do processo penal e criminalidade organizada. In M. F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (pp. 411-448). Coimbra: Almedina.
35. Foucault, M. (1977). *Discipline and punishment: The birth of a prison*. London: Penguin Books.
36. Foucault, M. (1999). *Vigiar e punir: Nascimento da prisão* (20.^a Ed., trad. de Raquel Ramallete). Petropolis: Editora Vozes.
37. Frederica, I. (2013). Satellite tailing and fundamental rights: A comparative study. In *European Criminal Law Review* (vol. 3, pp. 376-385).
38. Furedi, F. (2003). *Culture of fear: Risk taking and the morality of low expectations*. London: Continuum.
39. Gentile, D. (2010). *Tracking satellitare mediante gps: Attività atipica di indagine o intercettazione di dati?* Disponível em: http://www.eliss.org/new/formazione/Tracking_satellitare_mediante_gps.pdf. Consultado a: 06.AGO.2014.
40. Gomes, L. F. (2010). Escutas telefónicas. In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 145-159). Coimbra: Almedina.
41. Gonçalves, L. C. (2009). Intervenção do Presidente da Escola de Direito da Universidade do Minho, Professor Doutor Luís Couto Gonçalves. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem*

- a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 23-25). Coimbra: Coimbra Editora.
42. Hassemer, W. (2004). Processo penal e direitos fundamentais. In M. F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (pp. 15-25). Coimbra: Almedina.
43. Hayek, F. A. (1983). *Os fundamentos da liberdade* (tradu. port. de A. M. Capovilla e J. I. Stelle. São Paulo: Visão.
44. Hegel, G. W. F. (1990). *Princípios de Filosofia do Direito* (trad. port. de *Rechtsphilosophie* por Orlando Vitorino). Lisboa: Guimarães Editores.
45. Hutchins, R. M. (2007). *Tied up in knots? GPS technology and the Fourth Amendment*. Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1517&context=fac_pubs. Consultado a: 19.AGO.14.
46. Jakobs, G. & Cancio, M. C. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
47. Jacoby, N. (2005). The Decision of the *Bundesverfassungsgericht* of April 12, 2005: Concerning Police Use of Global Position Systems as a Surveillance Tool. In *German Law Journal* 12 (vol. 6, pp. 1085-1092).
48. Júdice, J. M. (2007). Investigação criminal: Instrumento da justiça ou da segurança? In *Modus Operandi* (pp. 11-13). Revista da ASFIC/PJ. N.º 2. Outubro – Dezembro.
49. Ladeira, C. (2006, Jan/Jun). Iluminação de rua e CCTV: Estudo comparativo. In F. Teodósio (Dir.), *Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais: Polícia e Justiça*, 3 (7), 357-368.

50. Ladeiro, F. N. (2009). A (i)mutabilidade do paradigma processual respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp. 269-289). Coimbra: Coimbra Editora.
51. Lainz, J. L. R. (2014). *GPS y balizas policiales (aspectos legales)*. Disponível em: <http://ugtaytomadrid.mforos.com/1934721/11551482-gps-y-balizas-policiales-aspectos-legales/>. Consultado a: 17.DEZ.2014.
52. Lopes, J. M. (2005, Out-Dez). Escutas telefónicas: Seis teses e uma conclusão. In *Revista do Ministério Público* 26, (n.º 104, pp. 139-151). Lisboa.
53. Kant, E. (1960). *Fundamentação da metafísica dos costumes* 70 (trad. de Paulo Quintela) Coimbra: Atlântida.
54. Matta, P. S. (2005, Jan/Mar). Criminalização de actos homossexuais com adolescentes: Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/05. *Jurisprudência Constitucional* (5), 24-54.
55. Mendes, P. S. (2004). As proibições no processo penal. In M. F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (pp. 133-154). Coimbra: Almedina.
56. Mendes, P. S. (2010). A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário. In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 201-213). Coimbra: Almedina.
57. Mesquita, P. D. (2005). Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal. In M. M. G. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal* (pp. 55-96). Coimbra: Almedina.

58. Molina, A. G. P. (1994). *Criminologia: Una introduccion a sus fundamentos teóricos para juristas*, (2.nd ed.). Valencia: Tirand Lo Blanch.
59. Monte. M. (2010). Escutas telefónicas. In M. M. G. Valente (Coord.), *III Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 163-196). Coimbra: Almedina.
60. Moura, J. S. (2005). A protecção dos direitos fundamentais no processo penal. In M. M. G. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal* (pp. 33-51). Coimbra: Almedina.
61. Moura, S. (2008). O inquérito e as relações MP/PJ. In *Modelos de polícia e investigação criminal: A relação entre o Ministério Público e a Policia Judiciária - Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal* (139-151). Porto: Norprint.
62. Múlas, N. S. (2005). Los médios de obtención de pruebas en españa (entrada y registro en lugar cerrado e intervención de las comunicaciones). In M. M. G. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 313-343). Coimbra: Almedina.
63. Neves, A. (2005, Jan/Jun). Medo do crime e insegurança urbana. *Revista Polícia e Justiça*, 3 (5), 243-259.
64. Neto, L. (2011). Acórdãos do TC n.º 213/2008 e 486/2009: A prova numa sociedade transparente. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 8 (pp. 315-343). Coimbra: Coimbra Editora.
65. Neves, A. C. (1995). A Revolução e o Direito: A situação de crise e o sentido do Direito no atual Processo Revolucionário. In *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* (Vol. 1, pp. 51-239). Coimbra: Coimbra Editora.

66. Norris, C., McCahill, M., & Wood, D. (2004). The growth of CCTV: A global perspective on the international diffusion of video surveillance in publicly accessible space. In C. Norris, M. McCahill, & D. Wood (Eds.), *Surveillance & Society: CCTV Special*, 2 (2/3), 110-135. Disponível em: <http://www.surveillance-and-society.org/cctv.htm>. Consultado em: 27. SET.2014.
67. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (2009). *A Justiça Penal: Uma reforma em avaliação*. B. S. Santos (Dir.) & C. Gomes (Coord.). Consultado em: 16.ABR.2014. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf.
68. Oliveira, J. F. (2006). *As políticas de segurança e os modelos de policiamento: A emergência do policiamento de proximidade*. Coimbra: Almedina.
69. Ost, F. (2001). *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget.
70. Palma, M. F. (1996, Set). A revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no contexto da reforma do sistema penal: A tutela da pessoa e a eficácia do sistema. *Centro de Estudos Judiciários, Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal (Vol 1, pp. 135-156)*.
71. Palma, M. F. (2004). O problema penal do processo penal. In M. F. Palma (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (pp. 41-53). Coimbra: Almedina.
72. Palma, M. F. (2006). *Da «tentativa possível» em direito penal*. Coimbra: Almedina.
73. Palma, M. F. (2006a, Abr-Jun). Tutela da vida privada e processo penal: Realidade e perspectivas constitucionais. In *Jurisprudência Constitucional 10* (pp. 3-12). Coimbra: Almedina.

74. Palma, M. F. (2010). Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário. In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 189-199). Coimbra: Almedina.
75. Palma, M. F. (2011). *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina.
76. Pereira, B. C. (2012). *O controlo panóptico do CCTV em zonas de risco*. Relatório elaborado no seminário de Criminologia no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (não publicado). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
77. Pereira, R. (2006). A reforma do processo penal. In M. M. G. Valente (Coord.) *II Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 225-238). Coimbra: Almedina.
78. Pereira, R. (2008). Informações e investigação criminal. In *Modelos de polícia e investigação criminal: A relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária – Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 191-199). Porto: Norprint.
79. Pereira, S. (2010). A recolha de prova por agente infiltrado. In T. P. Beleza & F. L. C. Pinto (Coord.) *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (pp. 135-159). Coimbra: Almedina.
80. Pratas, B. J. F. (2009). *Da localização celular: A problemática subjacente*. Lisboa: Instituto de Ciências Policiais e Segurança Interna.
81. Rocha, M. F. M. (2015). *A utilização do GPS para seguimento de veículo e o processo penal*. Relatório de Doutoramento em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Unidade Curricular de Direito Processual Penal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

82. Roché, S. (1993). *Le sentiment de insécurité*. Paris: Presses Universitaires de France.
83. Rock, P. (1997). Sociological theories of crime and insecurity in France. In A. Crawford (Ed.), *Crime and insecurity: The governance of safety in Europe* (pp. 213-233). Devon: Willan Publishing.
84. Rodrigues, A. M. (2002, Out-Dez). A defesa do arguido: Uma garantia constitucional em perigo no «admirável novo mundo». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 12, (pp.549-571). Coimbra: Coimbra Editora.
85. Rodrigues, A. M. (2006). Globalização, democracia e crime. In M. M. G. Valente (Coord.), *II Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 17-57). Coimbra: Almedina.
86. Rodrigues, B. S. (2008). *Das escutas telefónicas à obtenção da prova [em ambiente digital]* (Tomo 2). Coimbra: Coimbra Editora.
87. Rodrigues, B. S. (2008a). *Das escutas telefónicas: A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais* (Tomo 1). Coimbra: Coimbra Editora.
88. Rodrigues, B. S. (2010). *Da prova penal. A prova Científica: Exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas* (3.^a Ed, Tomo 2). Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos.
89. Rodrigues, B. S. (2010). *Da prova penal, bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal* (1.^a Ed, Tomo 2). Lisboa: Rei dos Livros – Letras e Conceitos.
90. Rodriguez, L. Z. (2001). *Política criminal*. Madrid: Editora Colex.

91. Roggal, K. (2010). A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha. In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 117-143). Coimbra: Almedina.
92. Ross, J. E. (2005). Germany's Federal Constitutional Court and the Regulation of GPS surveillance. In *German Law Journal* 12 (vol. 6, pp. 1805-1812).
93. Rousseau, J. (2001). *Do contrato social*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Consultado em: 27.JUL.14.
94. Roxin, C. (2001). Tem futuro o Direito Penal. In *Revista dos Tribunais* 790 (pp. 459-474). São Paulo.
95. Roxin, C. (2009). Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão. In Monte, M. F. (Dir.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (pp.385-398). Coimbra: Coimbra Editora.
96. Schünemann, B. (2005). O Direito Penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de direito liberal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53 (pp. 9-37). São Paulo: Brasil.
97. Seabra, H. M. (2005). *Delinquência a preto e branco: Estudo de jovens em reinserção*. Lisboa: Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME).
98. Segura, F. C. (2013). *A questão da colocação de um receptor GPS no veículo de um suspeito ou arguido como meio de obtenção de prova em processo penal*. Tese de Mestrado Forense em Direito na vertente Civil e Penal. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

99. Seça, A. A. M. M. (2003). Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal : notas à margem de jurisprudência quase constante. In M. C. Andrade et al. (Ed.), *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias* (pp. 1387-1421). Coimbra: Coimbra Editora.
100. Shearing, C. D., & Stenning, P. C. (2000). From the Panopticon to Disney World: The development of discipline. In J. Muncie, E. McLaughlin & M. Langan (Eds.), *Criminological perspectives: A reader* (5th repr., pp. 413-431). London: SAGE.
101. Signorato, S. (2012, Abr-Jun). *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigative*. In *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 2 (pp. 580-607).
102. Silva, G. M. (1994). Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. In *Direito e Justiça*. Vol. VIII, tomo 2. Faculdade de Direito da Universidade Católica.
103. Silva, G. M. (1996). *Curso de processo penal III* (2.^a Ed.). Lisboa: Editorial Verbo.
104. Silva, G. M. (2005). A criminalidade organizada e a investigação criminal (nem pactos com o «diabo» nem utilização de meios diabólicos no seu combate). In M. M. G. Valente (Coord.), *I Congresso de Processo Penal: Memórias* (pp. 397-414). Coimbra: Almedina.
105. Soares, H. L. C. (2015). *A monitorização de suspeitos através da implantação de equipamentos GPS em veículos: Admissibilidade e requisitos em Portugal*. Relatório de Mestrado em Direito na Especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Unidade Curricular de Direito Processual Penal. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
106. Sousa, M. R. (2008). Política criminal: Uma reflexão. In *Modelos de polícia e investigação criminal: A relação entre o Ministério Público e a Polícia*

- Judiciária – Actas do 1.º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 261-274).
Porto: Norprint.
107. Teixeira, C. A. (2006). *Princípio da oportunidade: Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional* (reimp.). Coimbra: Almedina.
108. Teixeira, C. A. (2008). *Escutas Telefónicas: A mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas*. Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal: Revista do CEJ, 9 (1.º sem., n.º 9), pp. 243-295.
109. Tonini, P. & Conti, C. (2014). *Il diritto delle prove penali* (2.ª Ed.). Milão: Giuffrè Editore.
110. Valente, M. M. G. (2004). *Processo penal*. Tomo 1. Coimbra: Almedina.
111. Valente, M. M. G. (2005, Jul/Dez). Viagem de Kafka a Liszt: Ancorada na ética e na metamorfose da excepção. *Revista do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – Politeia*, 1(2), (pp. 23-51).
112. Valente, M. M. G. (2005). *Teoria geral do direito policial*. Tomo 1. Coimbra: Almedina.
113. Valente, M. M. G. (2008). *Escutas telefónicas: Da excepcionalidade à vulgaridade* (2.ª ed.). Coimbra: Almedina.
114. Verdelho, P (2006, Out-Dez). A reforma penal portuguesa e o cibercrime. In *Revista do Ministério Público* 27, (n.º 108, pp. 97-124). Lisboa.
115. Verdelho, P. (2008). Técnica no novo CPP: Exames, perícias e prova digital. Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal: Revista do CEJ, 9 (1.º sem., n.º 9), pp. 145-172.

116. Vergès, E. (2012). *Preuve pénale: La géolocalisation face à l'article 8 de la CEDH*. Disponível em: <http://www.revuedlf.com/droit-penal/preuve-penale-la-geolocalisation-face-a-l%E2%80%99article-8-de-la-cedh/>. Consultado a: 03.OCT.2014.
117. Vidal, J. M. (1997). Direito de menores e menores no direito. In *Abusos sexuais em crianças e adolescentes: Contributos do 1.º Seminário Nacional* (pp. 33-40). Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento.
118. Winter, L. B. (2010). Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. In In A.S. Dias, M.F. Palma e P.S. Mendes (Coord.), *II Congresso de Investigação Criminal* (pp. 162-185). Coimbra: Almedina.
119. Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung* (11.ª Ed.). Berlin: Walter de Gruyter & Co.
120. Wilson, D., & Sutton, A. (2003). *Open-street CCTV in Australia*. Canberra: Australian Institute of Criminology.

Jurisprudência consultada/citada

PORTUGAL

Tribunal Constitucional:

Ac. 07/1987

Ac. 46/2001

Ac. 29/2002

Ac. 607/2003

Ac. 42/2007

Ac. 442/2007

Ac. 213/2008

Ac. 486/2009

Supremo Tribunal de Justiça:

Ac. de 20-09-2006

Ac. de 27-09-2006

Ac. de 22-05-2007

Ac. de 05-11-2008

Ac. de 29-04-2010

Ac. de 14-07-2010

Ac. de 17-02-2011

Ac. de 15-02-2012

Ac. de 27-06-2012

Ac. de 13-11-2013

Ac. de 08-01-2014

Relação de Lisboa:

Ac. de 05-06-2002

Ac. de 23-06-2004

Ac. de 22-12-2009

Ac. de 24-01-2012

Ac. de 27-06-2012

Ac. de 22-01-2015

Relação do Porto:

Ac. de 13-02-2008

Ac. de 26-06-2008

Ac. de 27-02-2013

Ac. de 21-03-2013

Ac. de 22-05-2013

Ac. de 12-06-2013

Relação de Évora:

Ac. de 07-04-2008

Ac. de 27-10-2009

Ac. de 07-04-2015

ITÁLIA

Corti di Cassazione:

Ac. de 28-03-2003

Ac. de 28-05-2008

Ac. de 10-03-2010

Ac. de 10-01-2012

Ac. de 13-02-2013

ALEMANHA

Tribunal Constitucional Federal:

Ac. de 12-04-2005

Ac. de 27-07-2005

Ac. de 22-08-2006

ESPANHA

Tribunal Constitucional espanhol:

Ac. 70/2002

Ac. 72/2010

Ac. 173/2011

Ac. 115/2013

Ac. 170/2013

Supremo Tribunal espanhol:

Ac. 706/2006

Ac. 562/2007

Ac. 532/2008

Ac. 906/2008

Ac. 772/2012

Ac. 681/2013

Ac. 798/2013

FRANÇA

Corte de Cassacione:

Ac. de 22-11-2011

Ac. de 20-10-2013

Ac. de 15-10-2014

Ac. de 06-01-2015

USA

American Supreme Court:

Olmstead vs USA, de 04-06-1928

Goldman vs USA, de 27-04-1942

Knotts vs USA, de 02-03-1983

California vs Ciraolo, de 10-12-1985

Kyllo vs USA, de 11-04-2001

Moreno vs USA, de 11-02-2010

Jones vs USA, de 08-11-2011

TEDH

Malone vs UK, de 02-08-1984

Kruslin vs França, de 20-04-1990

Huvig vs França, de 24-04-1990

Calogero vs Italia, de 15-11-1996

Halford vs UK, de 25-06-1997

Contreras vs Espanha, de 30-07-1998

Peck vs UK, de 28-01-2003

Abdulkadir vs Espanha, de 20-06-2006

Uzun vs Alemanha, de 02-09-2010

Schatschaschwile vs Alemanha, de 17-04-2014

Prezhdarovi vs Bulgaria, de 30-09-2014